

SLUTTOPPGJØR OG PREKLUSJONSVIRKNINGER ETTER NS 8405 OG BUSTADOPPFØRINGSLOVA § 48



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 595

Leveringsfrist: 25. november

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 256 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Rettskildematerialet	2
1.3	Avgrensinger	4
<u>2</u>	<u>SLUTTOPPGJØR ETTER NS 8405</u>	<u>5</u>
2.1	Innledning	5
2.1.1	Sluttoppgjør – Hensyn og formål	5
2.2	Nærmere om sluttoppgjør	6
2.2.1	Sluttoppstilling og slutfaktura	7
2.2.2	Betaling av slutfaktura	11
<u>3</u>	<u>INNSIGELSESFRISTER OG PREKLUSJONSVIRKNINGER</u>	<u>14</u>
3.1	Innledning	14
3.2	Formkrav knyttet til varslingsreglene	14
3.3	Byggherrens innsigelsesfrist i tilknytning til sluttoppgjøret	15
3.4	For tidlig betaling	16
3.5	Preklusjonsvirkninger	17
3.5.1	Rentekrav	20
<u>4</u>	<u>SLUTTOPPGJØR OG PREKLUSJONSVIRKNINGER I FORBRUKERENTREPRISER</u>	<u>21</u>
4.1	Innledning	21

4.2	Forholdet til standardkontraktene og annen lovgivning	21
4.3	Krav om sluttoppgjør	22
4.3.1	Innholdskrav	23
4.4	Preklusjonsvirkninger av innsendt sluttoppgjør	25
4.4.1	Unntak fra hovedreglen om preklusjon etter buofl. § 48 annet ledd	26
4.5	Forbrukerens innsigelsesfrist	28
4.5.1	Unntak fra innsigelsesfristen	28
4.6	Krav på innestående	31
4.7	Dagmulktkrav	33
4.7.1	Preklusjon av dagmulktkravet som følge av passivitet fra forbrukerens side	35
4.8	Oppsummering	36
<u>5</u>	<u>FORBEHOLD I ENTREPRISEFORHOLD</u>	<u>36</u>
5.1	Krav til forbeholdet	36
5.2	Urettmessige forbehold	37
5.3	Forbeholdets utsettende virkning	38
5.4	Forholdet til bestemmelsen i NS 8405 pkt. 33.1 femte ledd	40
5.5	Forholdet mellom buofl. § 48 og NS 8405 pkt. 33.1 femte ledd	41
<u>6</u>	<u>LÆREN OM CONDUCTIO INDEBITI</u>	<u>42</u>
6.1.1	Bakgrunnen for feilen	43
6.1.2	Partenes profesjonalitet	44
6.1.3	Kravets art	44
6.1.4	Tidsmomentet	46
6.1.5	Oppsummering	46

<u>7 UNNTAK FRA PREKLUSJONSREGELEN I SLUTTOPPGJØRET SOM FØLGE AV</u>	
<u>KONKLUDENT ADFERD ELLER AVTL. § 36</u>	47
7.1 Hovedregel	47
7.2 Avkall på retten til å påberope seg preklusjon	47
7.3 Konkludent adferd	47
7.3.1 Antall fravikelser fra standardens regler	49
7.4 Avtaleloven § 36	53
7.4.1 Forholdet til avtl. § 33	54
7.4.2 Skille mellom generell tilsidesettelse og individuell tilsidesettelse	55
7.4.3 Momenter i vurderingen etter avtaleloven § 36	56
<u>8 AVSLUTNING</u>	61
<u>9 LITTERATURLISTE</u>	62
Litteratur	62
Lover	62
Standardavtaler	63
Forarbeider	63
Rettspraksis	63
Voldgiftsdommer	64
Avgjørelser fra boligvistnemnda	64
Nettdokument	64

1 Innledning

1.1 Tema

Sluttoppgjørsinstituttet har en sentral plass innenfor entrepriseretten. Entrepriekontraktens dynamiske og til dels ufortsigbare karakter tilsier at den endelige betalingen foretas etter nærmere angitte regler som begge parter er kjent med. Det sentrale teamet for denne fremstillingen er sluttoppgjøret og dets preklusive virkninger etter hovedstandarden for utførelsesentrepriser i Norsk Standard 8405:2008 (heretter NS 8405), og sluttoppgjørbestemmelsen for forbrukerentrepriser i lov om bustadoppføring av 14. Juni 1997 nr. 43, (heretter bustadoppføringslova eller buofl.)

Sluttoppgjøret skal sørge for at partene fremmer sine krav samtidig og at det settes en endelig strek for kontraktsarbeidene. På denne bakgrunn er tidsfristene i sluttoppgjøret underlagt preklusive virkninger som partene må overholde for at deres respektive krav skal være i behold.

En oversittelse av de preklusivefrister kan ha alvorlige konsekvenser for de partene. Til tross for at det etter NS 8405 nå hersker adskillig mindre tvil om hvilke krav som skal medtas i sluttoppstillingen og konsekvensen av utelatelse i forhold til de tidligere standarder.¹ Er det fortsatt rom for tvil om de preklusive virkningene av utelatelse av enkelte krav i tilknytning til sluttoppgjøret. For de tilfeller hvor krav som klart skulle vært medtatt er utelatt, vil spørsmålet om hvor absolutte de preklusive virkninger av sluttoppgjøret rent faktisk er, aktualisere seg. Det er noen av disse tvilsspørsmål denne fremstillingen har som formål å belyse nærmere.

¹ Se f.eks. de tidligere sluttoppgjørbestemmelser i NS 3401 og NS 3430.

1.2 Rettskildematerialet

Entrepriseretten skiller seg i utgangspunktet ikke fra den alminnelige kontraktsretten. De alminnelige avtalerettslige tolkningsregler og momenter vil således gjøre seg gjeldende ved tolkningen av entrepriserettslige avtaler. Løsningen på eventuelle tvister mellom partene må søkes løst i partenes avtale, gjennom en tolkning basert på alminnelige avtalerettslige prinsipper. Der en tolkning av partenes avtale ikke leder frem til noe klart meningsinnhold i forhold til partenes rettigheter og plikter, vil avtalen kunne utfylles av bakgrunnsretten hvor alminnelige entrepriserettslige regler vil kunne komme til anvendelse.

Entrepriseretten er i det vesentlige ulovfestet, med unntak av forbrukerentreprisene som er regulert av bustadoppføringslova. Dette har sammenheng med at det siden forrige århundre har vært en tradisjon for selvregulering av entreprisekontraktene gjennom de såkalte standardkontraktene.² NS 8405 er den standardkontrakten som står sentralt i denne fremstillingen. Standarden bygger videre på de tidligere standardkontraktene for bygge- og anleggsarbeider i Norge.³ Standardkontrakten er et resultat av forhandlinger mellom bransjens ulike forbund og foreninger, i regi av Norges Byggstandardiseringsråd (NBR).

Standardkontrakten gir således uttrykk for en rimelige avveining av partenes motstridende interesser innenfor entrepriseretten.⁴ NS 8405 slår til dels fast alminnelige entrepriserettslige regler. Disse kommer til anvendelse uavhengig av om partene har lagt standarden til grunn for sin kontrakt. I tillegg inneholder standarden avtaleskapte ordninger med ansvarsbegrensinger for entreprenøren og formelle varslingsfrister med preklusive frister. På denne bakgrunn kommer ikke standarden automatisk til anvendelse. En eventuell vedtakelse må avtales mellom partene. Terskelen for vedtakelse av standarden er imidlertid ikke høy. En ren henvisning til standarden i partenes avtale er ihvertfall tilstrekkelig.⁵

² Hagstrøm (1997) s. 13

³ NS 3401, NS 3430

⁴ Hagstrøm (1997) s. 14

⁵ Hagstrøm (1997) s. 14

Når det kommer til rettspraksis er det sparsomt med Høyesterettsdommer som berører entrepriserettslige spørsmål generelt. Dette gjør seg også gjeldende i forhold til spørsmål i tilknytning til sluttoppgjøret. Dette skyldes at sakene som regel har et omfattende faktum og at kontraktene gjerne inneholder en voldgiftsklausul. Det foreligger imidlertid en del underrettspraksis som har relevans og betydning for de problemstillinger som står sentralt i denne fremstillingen. Som en konsekvens av den begrensede rettspraksisen fra Høyesterett, får nok lagmannsrettens avgjørelser en større rettskildemessig vekt og relevans innenfor entrepriseretten enn ellers. Ettersom NS 8405 er en relativ ny standard, foreligger det svært få dommer i tilknytning til denne standarden. Derimot foreligger det en del rettspraksis i tilknytning til den gamle standarden, Norsk Standard 3430 (heretter NS 3430), som vil ha overføringsverdi i forhold til tolkningen av bestemmelsene i NS 8405. Dette skyldes at NS 8405, i stor grad bygger på og er en videreutvikling av reglene i NS 3430.

Juridisk teori har etter alminnelige rettskildelære i utgangspunktet, en relativ liten rettskildemessig vekt i forhold til de andre rettskildefaktorene. I mangel av tyngre rettskilder på entrepriserettens område spiller juridisk teori en noe større rolle enn på andre rettsområder.⁶ Dette har nok også sammenheng med at profesjonelle entrepriser ikke er lovregulert. Videre inneholder standardkontraktene ingen forarbeider som kan gi veiledning ved fastsettelsen av innholdet i standardens regler. Behovet for juridisk teori blir derfor større. Dette fremkommer også gjennom domstolenes behandling av entrepriserettslige problemstillinger, der det ofte vises til teorien på området. I den forbindelse er det verdt å nevne Tore Sandviks ”Entreprenørrisikoen” fra 1966, og Helge Jacob Kolruds kommentar til NS 3430. Av nyere entrepriserettslig litteratur er det verdt å nevne Jan Erik Barbos doktoravhandling ”Kontraktsomlegging i entrepriseforhold”, og Marthinussen m. fl. sin kommentarutgave til NS 8405. Det samme gjelder for Kolruds kommentarutgave til samme standard som alle bidrar med interessante synspunkter i tilknytning til temaet i denne oppgaven.

⁶ Hagstrøm (1997) s. 15

1.3 Avgrensinger

Tema for denne oppgaven er sluttoppgjør og dets preklusive virkninger i henholdsvis forbruker- og profesjonelle entrepriser. Oppgavens problemstilling blir kun drøftet i lys av sluttoppgjørbestemmelsene i NS 8405 og Bustadoppføringslova. Bakgrunnen for dette er at det ville føre langt i forhold til oppgavens omfang å foreta en komparativ gjennomgåelse av de ulike sluttoppgjørbestemmelsene i de ulike standardkontrakter innenfor entrepriseretten.

Redegjørelsen vil imidlertid ha overføringsverdi i forhold til andre standardavtaler, da sluttoppgjørbestemmelsene i de ulike standardene stort sett er identiske og bygger på samme hensyn og formål som bestemmelsen i NS 8405. Bakgrunnen for at NS 8405 er valgt, er at dette er hovedkontrakten for utførselsentrepriser mellom profesjonelle parter.

Hovedtemaet i denne oppgaven er reglene i tilknytning til sluttoppgjøret, og hvilke konsekvenser det vil ha for partene dersom de utelater å fremme sine krav innenfor de frister som sluttoppgjørbestemmelsen i NS 8405 oppstiller. Det vil også kunne oppstå interessante spørsmål i tilknytning til den preklusive virkningen av delovertakelse, men av hensyn til oppgavens omfang må jeg avgrense mot dette temaet. Sluttoppgjøret i forbrukerentrepriser er medtatt på bakgrunn av det også her oppstår tvilsspørsmål i tilknytning til hvilke krav entreprenør og forbruker kan gjøre gjeldende etter at sluttoppgjøret er gjennomført.

Det vil ikke bli redegjort eksplisitt for de ulike varslingsreglene i NS 8405, men de vil imidlertid i noe begrenset grad bli berørt i forbindelse med spørsmålet om de preklusive frister i sluttoppgjørbestemmelsen er absolutte.

2 Sluttoppgjør etter NS 8405

2.1 Innledning

Reglene om sluttoppgjør i entrepriseforhold finner vi i NS 8405. Standardens pkt. 33 regulerer hvordan sluttoppgjøret skal gjennomføres. Reglene er viktige som følge av behovet for å sette en sluttstrek for ofte langvarige kontraktsforhold.⁷ Reglene om sluttoppgjør tar således sikte på å få samlet alle relevante krav og få brakt dem frem på bordet ved avslutningen av byggearbeidene.⁸

2.1.1 Sluttoppgjør – Hensyn og formål

I entreprisekontrakter vil partene som regel legge ned et betydelig arbeid i å spesifisere hvorledes byggherren skal foreta sin betaling.⁹ Til tross for dette, oppstår det ofte uenigheter ved fastsettelsen av entreprenørens vederlag, både underveis og ved avslutningen av kontraktsforholdet. Dette medfører at det ofte oppstår uklarhet mellom partene om det økonomiske mellomværende ved avslutningen av arbeidene.¹⁰ Reglene om sluttoppgjør har som formål å sørge for at denne uklarheten kommer frem ved at alle entreprenørens gjenstående krav skal fremmes ved kontraktsforholdets avslutning, slik at partene tvinges til å ta stilling til en uttømmende liste over partenes mellomværende.

Partene får således en fullstendig oversikt over samtlige krav i tilknytning til de utførte arbeidene. De gis anledning til å gi uttrykk for og ta standpunkt til de kravene som partene mener å ha mot hverandre. Sluttoppgjøret vil, dersom man overholder reglene, føre til at alle kravene blir fremsatt ved avslutningen av arbeidene. Sluttoppgjøret har videre som hensikt at det oppnås et endelig økonomisk oppgjør mellom partene. Behovet for et sluttoppgjør er en konsekvens av flere elementer ved selve entrepriseforholdet. Den fremdriftsbetaling som partene normalt avtaler, har en foreløpig karakter. Det gjør det nødvendig med en endelig avklaring av oppgjøret mellom

⁷ Marthinussen (2010) s. 533

⁸ Marthinussen (2010) s. 533

⁹ NS 8405 kommentarutgave (2004) s.408

¹⁰ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 408

partene. Det totale vederlaget er av stor betydning for enhver byggherre og han eller hun har et behov for en endelig fastleggelse av det totale vederlaget for det arbeid som er utført.

Entreprisekontrakter strekker seg som regel over en lengre tidsperiode. Det er ikke uvanlig at arbeidet blir mer eller mindre omfattende enn det som opprinnelig er avtalt. Alminnelige krav til ryddighet i kontraktsforholdet tilsier at kontraktsforholdet avvikles på en ryddig og oversiktlig måte, ved en benyttelse av en metode som begge parter er inneforstått med.¹¹

For at sluttoppgjøret skal få den tilsiktede virkning, inneholder sluttoppgjørbestemmelsen i NS 8405 en preklusiv frist for partene til å fremme sine krav. Preklusjon innebærer at de involverte parter taper retten til å gjøre et ellers materielt berettiget krav gjeldene. Det vil si at dersom partene glemmer å fremme et krav i forbindelse med sluttoppgjøret, mister de retten til å påberope seg kravet senere. Et ytterligere poeng med sluttoppgjøret er å sørge for at all dokumentasjon i tilknytning til de ulike krav blir fremmet mens byggesaken fortsatt er ”fersk”.

Dersom partene er enige, leder reglene til et raskt og definitivt oppgjør.¹² Det er derimot viktig å merke seg at reglene om sluttoppgjør ikke tar sikte på å løse eventuelle tvister mellom partene i tilknytning til det økonomiske oppgjøret. Det sentrale formålet med reglene er å avdekke uenighet, og sørge for at partene fremmer sine krav innen rimelig tid.¹³ Eventuelle tvister må løses etter reglene i standardens pkt. 43.

2.2 Nærmere om sluttoppgjør

Hovedregelen om sluttoppgjøret finner vi standardens pkt. 33.1. Slutfakturaen og sluttoppstillingen utgjør sluttoppgjøret etter pkt. 33.1 første ledd. Bestemmelsens første ledd angir fristen for når sluttoppgjøret skal innsendes, og regulerer konsekvensen av at krav ikke

¹¹ Marthinussen (2010) s. 534

¹² NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 408

¹³ Marthinusen (2010) s. 534

medtas i sluttoppstillingen. Hensikten bak bestemmelsen er å skape klareste mulige linjer for gjennomføringen av den økonomiske avslutningen av kontrakten.¹⁴

2.2.1 Sluttoppstilling og slutfaktura

Etter at byggherren har overtatt arbeidene, har entreprenøren som hovedregel en del ufakturerte krav. Kravene vil typisk bestå av det som gjenstår å fakturere på kontraktsarbeidet og ufakturerte krav i forbindelse med endringsarbeider. Disse kravene faktureres som slutfaktura.¹⁵ I tillegg følger det av pkt. 33.1 første ledd at entreprenøren skal lage en sluttoppstilling. Bestemmelsen lyder som følger;

”Er ikke annet avtalt, skal entreprenøren sende byggherren en sluttoppstilling vedlagt en faktura innen en frist på to måneder fra overtakelsen. Innsendt faktura og sluttoppstilling kan korrigeres inntil fristens utløp.”

Sluttoppstillingen skal gi en komplett oversikt over partenes mellomværende i prosjektet, i tillegg til de kravene som følger av slutfakturaen. Den skal således gi en total oversikt over de krav som entreprenøren tidligere har fremsatt, og krav som tidligere ikke har blitt fakturert. Krav som tidligere er betalt skal også medtas i sluttoppstillingen. I tillegg skal sluttoppstillingen vise hvor mye byggherren tidligere har betalt, slik at det fremgår av oppstillingen hvilket beløp entreprenøren krever utbetalt som sluttoppgjør.¹⁶

2.2.1.1 Frist for innsendelse av sluttoppstilling med slutfaktura

Utgangspunktet etter pkt. 33.1 første ledd, er en frist på to måneder for entreprenøren til å sende sluttoppstilling med slutfaktura. Fristen regnes fra overtakelsen, jfr. standardens pkt. 33.1 første ledd. Fristen skal imidlertid kun legges til grunn dersom partene ikke har avtalt noe annet, jf. pkt.

¹⁴ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 410

¹⁵ Marthinussen (2010) s. 536

¹⁶ Marthinussen (2010) s. 536

33.1 første ledd. Bestemmelsen oppstiller ingen krav til hvor kort eller lang den alternative fristen som partene eventuelt avtaler må være. Dette innebærer at partene står fritt til å avtale en kortere eller lengre frist.¹⁷ Særlig aktuelt vil dette være i større prosjekter der standardens frist på to måneder kan være noe kort. Dersom standardens frist legges til grunn, innebærer dette at om overtakelsen finner sted 15.april vil fristen for innsendelse av sluttoppgjøret utløpe den 15.juni. Det er antatt at de alminnelige regler om fristberegning i domstolloven¹⁸ legges til grunn for fristberegningen etter bestemmelsen.¹⁹ Dette innebærer at dersom fristen utløper på en helligdag, forlenges fristen til neste virkedag, jf. domstolloven § 149. Fristen avbrytes ved at entreprenøren sender sluttoppstilingen innenfor den angitte tidsfristen, jf. domstolloven § 146.

2.2.1.2 Fristens utgangspunkt

Utgangspunktet for fristberegningen er byggherrens overtakelse av arbeidene. Byggherrens overtakelse er regulert av standardens pkt. 32. Etter bestemmelsen skjer byggherrens overtakelse av arbeidene ved at det foretas en overtakelsesforretning. Fristen for å sende inn sluttoppstillingen begynner å løpe fra avslutningen av overtakelsesforretningen, jf. pkt. 32.6. Dette innebærer at fristen begynner å løpe når selve befaringen er avsluttet og partene skiller lag.²⁰

Etter standardens pkt. 35.2 kan byggherren i visse tilfeller nekte å overta arbeidene. Dersom partene er enige om at byggherren kan nekte overtakelse, begynner ikke fristen å løpe før den endelige overtakelse finner sted.²¹ Der partene er uenige om vilkårene for overtakelse er tilstede, vil normalt entreprenøren foreta utbedringer frem til arbeidene når et stadium hvor byggherren

¹⁷ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 410

¹⁸ Lov om domstolene av 13.08.1915

¹⁹ Marthinussen (2010) s. 537

²⁰ Marthinussen (2010) s. 537

²¹ Marthinussen (2010) s. 537

ikke lengre vil kunne nekta å overta arbeidene. I disse tilfellene vil fristen starte å løpe fra det tidspunkt byggherren aksepterer å overta arbeidene.²²

2.2.1.3 Frist for endring av sluttoppgjøret

Entreprenøren har rett til å korrigere både sluttoppstillingen og slutfakturaen innen utløpet av to måneders fristen i standardens pkt. 33.1 første ledd. Bestemmelsen regulerer ikke hvordan korrigeringen skal skje. De beste grunner taler imidlertid for at korreksjonen må fremgå klart, slik at byggherren lett kan identifisere endringer og komme med eventuelle innsigelser.²³

2.2.1.4 Krav til innholdet i sluttoppstillingen

Standardens pkt. 33.1 annet ledd, inneholder en uttømmende liste over hvilke krav som skal medtas i sluttoppstillingen. Bestemmelsen lyder;

”Sluttoppstillingen skal inneholde en full oversikt over partens mellomværende. Den skal inneholde en spesifikasjon over alle entreprenørens krav i forbindelse med kontrakten. Den skal derfor inneholde:

- a) alle fakturerte og betalte krav;*
- b) alle fakturerte krav som ikke er betalt, uansett om det er forfalt eller ikke;*
- c) krav som er fakturerte og forfalt, men som byggherren har avvist, og som entreprenøren opprettholder;*
- d) alle krav entreprenøren mener å ha som ennå ikke er fakturert, herunder inntående beløp, jf. 28.1”*

²² Marthinussen (2010) s. 538

²³ Marthinussen (2010) s. 538

Kravene er absolutte og entreprenøren må levere en sluttoppstillingen som oppfyller kravene.²⁴ Sluttoppstillingen skal gi byggherren en komplett oversikt over hvilke krav entreprenøren mener å ha mot ham. Dette gjelder både betalte, ufakturerte og bestridte krav. Dersom byggherren tidligere har bestridt et krav som entreprenøren mener å ha, er det viktig at entreprenøren gjentar dette i sluttoppstillingen. Noe annet vil i utgangspunktet regnes som en frafallelse av kravet fra entreprenørens side.²⁵ Forutsatt at de ikke rettes før fristens utløp. Ved å ta med de omstridte kravene i sluttoppstillingen, blir det klart for hver av partene at de opprettholder sine tidligere standpunkt og tvistepunktene blir klarlagt.

Tilleggskrav som allerede er betalt, er det ikke nødvendig for entreprenøren å medta i sluttoppstillingen.²⁶ Kravet anses endelig oppgjort ved betalingen. Dette følger av ordlyden i sluttoppgjørsbestemmelsen, hvor ordet ”krav” i bestemmelsen tredje ledd, knytter seg til ubetalte krav. Det må imidlertid gjøres en reservasjon for de tilfeller det skulle vise seg at det ikke var grunnlag for entreprenørens tilleggskrav. I disse tilfellene vil byggherren, etter min mening, fortsatt ha adgang til å rette innsigelser mot det betalte kravet på bakgrunn av reglene om *condictio indebiti*, eller etter bestemmelsene i avtaleloven §§ 33 og 36.²⁷ Se nærmere om dette i oppgavens kapittel 6 og 7.

2.2.1.5 Entreprenørens adgang til å ta forbehold

Entreprenørens adgang til å innta forbehold om senere endringer av sluttoppgjøret reguleres i standardens pkt. 33.1 tredje ledd;

”Entreprenøren kan bare ta forbehold om senere endring av sluttoppstillingen dersom grunnlaget for beregning av et krav ikke har foreligget i tide. Slikt forbehold kan bare gjøres for

²⁴ Marthinussen (2010) s. 539

²⁵ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 411

²⁶ Marthinussen (2010) s. 539

²⁷ Lov om avslutning av avtaler, fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31.05.1918 nr. 4.

spesifikt angitt kravsgrunnlag. I slutfakturaen inntas de krav som er nevnt i annet ledd, bokstav d).”

Entreprenørens forbehold kan ikke gjøres generelt for hele sluttoppgjøret, men må være spesifikt. Videre må det knytte seg til krav som det ikke forelå grunnlag for å beregne når sluttoppgjøret ble innsendt.²⁸ Dette vil være aktuelt i de tilfeller entreprenøren mangler tilstrekkelig opplysninger for å beregne sitt krav. Et eksempel vil være der det ikke foreligger nødvendig statistikk for å beregne prisstigningstillegget på tidspunktet for innsendelsen av sluttoppgjøret.²⁹ I slike tilfeller må entreprenøren innta et forbehold i sin sluttoppstilling, for å unngå at kravet blir prekludert. Se nærmere om forbehold i oppgavens kapittel 5.

2.2.2 Betaling av slutfaktura

Byggherrens betalingsfrist for slutfakturaen er regulert i standardens pkt. 33.2 første ledd, som lyder:

” Er ikke annet avtalt, skal byggherren betale innen to måneder regnet fra mottakelsen av sluttoppstillingen vedlagt slutfaktura. For betaling av slutfaktura gjelder de generelle betalingsbestemmelsene i 29.2, 29.3, og bestemmelsen om renter ved forsinket betaling i 30.1.”

Etter bestemmelsen står partene fritt til å avtale hvor lang betalingsfristen skal være. Dersom partene ikke har avtalt en egen frist, er utgangspunktet en betalingsfrist på to måneder. Fristen begynner å løpe fra byggherrens overtakelse av arbeidene.³⁰ I særlige omfattende og kompliserte entrepriser kan det være en fordel at partene avtaler en lengre frist. I slike prosjekter kan sluttoppstillingen være omfattende. Tomånedersfristen etter standarden kan i disse tilfellene være noe knapp. Dette vil kunne ha uheldig konsekvenser for byggherren, da hans eventuelle innsigelser vil bli prekludert som følge av en oversittelse av fristen. Det følger av bestemmelsens

²⁸ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 411

²⁹ Marthinussen (2010) s. 543

³⁰ Se nærmere om dette i oppgavens pkt. 2.2.1.2.

første ledd at de generelle betalingsbestemmelsene i standardens pkt. 29.2, 29.3 og 30.1 også gjelder ved betaling av slutfaktura. Entreprenøren skal således ha mottatt betalingen innen betalingsfristens utløp.³¹

Etter bestemmelsens ordlyd kan det være naturlig å slutte at dersom byggherren kun mottar sluttoppstillingen, ville betalingsfristen for de krav som der er opplistet ikke begynne å løpe før han mottar slutfakturaen. En slik forståelse ville imidlertid bygge på en misoppfatning. Poenget er at i slike tilfeller vil de krav som fremgår av sluttoppstillingen allerede være fakturert, og den ordinære betalingsfristen etter standardens pkt. 29.1 vil gjelde for disse kravene.³² Fristen etter standarden er ment å regulere betalingsfristen for de krav som fremgår av slutfakturaen, og som tidligere ikke er fakturert. Betalingsfristen etter standarden begynner således først å løpe når byggherren mottar sluttoppstillingen med slutfaktura for de ufakturerte krav.³³

Der hvor entreprenøren foretar en endring eller retting av sitt sluttoppgjør etter pkt.33.1, vil fristen etter pkt.33.2 først løpe fra det senere tidspunkt da kravet om tillegg fremsettes.³⁴

Uavhengig av dette vil fristen etter første ledd ikke begynne å løpe før den mottatte sluttoppstillingen og slutfakturaen oppfyller de krav som er oppstilt i standardens pkt. 33.1, og dermed gir byggherren den nødvendige og tilstrekkelige informasjon til å gjennomgå slutfakturaen. Fristen etter første ledd begynner således først å løpe fra det tidspunkt byggherren har mottatt en fullstendig slutfaktura.³⁵ Dersom byggherren mener at den sluttoppstilling han har mottatt ikke oppfyller de krav som er oppstilt i standardens pkt. 33.1, må han varsle entreprenøren om dette innen utløpet av fristen. Gjør han ikke det, blir hans innsigelser prekludert.

³¹ Marthinussen (2010) s. 549

³² Marthinussen (2010) s. 549

³³ Marthinussen (2010) s. 549

³⁴ Marthinussen (2010) s. 550

³⁵ Marthinussen (2010) s. 550

Man kan spørre seg hvordan entreprenørens frist for korrigering av slutfakturaen etter standardens pkt. 33.1, påvirkes av hvorvidt byggherren betaler sluttoppgjøret straks etter at han mottar denne. Det kunne vært nærliggende å legge til grunn at oppgjøret da var avsluttet, og at entreprenøren var avskåret fra å fremme ytterligere krav. En slik løsning ville imidlertid harmonisere dårlig med de formål og hensyn som ligger bak sluttoppgjørsinstituttet. Korrigeringsfristen etter pkt. 33.1 er basert på at det for entreprenøren, kan være lett å overse enkelte krav og at feil lett oppstår. I slike tilfeller ville det være urimelig om byggherren skal kunne avskjære entreprenørens berettigede krav ved å gjennomføre en rask betaling. Entreprenøren vil derfor ha sin rett til å fremme ytterligere krav innenfor tomånedersfristen i behold, til tross for at byggherren betaler før utløpet av fristen.³⁶

³⁶ Se Marthinussen (2010) s. 550 hvor tilsvarende løsning legges til grunn.

3 Innsigelsesfrister og preklusjonsvirkninger

3.1 Innledning

I det følgende er det byggherrens frist for å rette innsigelser mot sluttoppgjøret og de preklusive virkninger av sluttoppgjøret som står sentralt. Byggherrens innsigelsesfrist er av stor betydning da en eventuelt oversittelse av fristen vil føre til at byggherrens eventuelle krav og innsigelser mot sluttoppgjøret i utgangspunktet blir prekludert.

3.2 Formkrav knyttet til varslingsreglene

De innsigelser byggherren ønsker å gjøre gjeldende i tilknytning til sluttoppgjøret, må varsles skriftlig, jfr. standardens pkt. 8. Bestemmelsen oppstiller ingen krav til hvordan den skriftlig meddelelsen skal gis, men brev og telefaks er godkjente metoder.³⁷ Det er uttrykkelig fastlått i bestemmelsen at varsel og krav sendt som e-post, ikke er å regne som skriftlig varsel, dersom dette ikke er avtalt mellom partene.³⁸ I utgangspunktet vil derfor de innsigelser og krav som byggherren fremsetter i forbindelse med sluttoppgjøret på e-post, ikke regnes som skriftlig fremsatt og er derfor ugyldige.

I denne sammenheng må det imidlertid nevnes at det skal det lite til før denne formen for kommunikasjon må anses som godkjent av partene gjennom konkludent adferd, der partene aktivt har benyttet seg av e-post som en kommunikasjonsform gjennom kontraktsforholdet.³⁹ Kolrud synes imidlertid å være noe strengere i forhold til bruk av e-post som godkjent kommunikasjonsform, dersom dette ikke uttrykkelig er avtalt mellom partene.⁴⁰ I denne forbindelse er det imidlertid verdt å nevne at det antakelig skal mye til for at domstolene setter til side byggherrens innsigelse på grunnlag av manglende skriftlig varsel, dersom det kan dokumenteres at byggherren fremmet innsigelsen på annen måte.

³⁷ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 79

³⁸ Jfr. NS 8405: 2008 pkt. 8

³⁹ Marthinussen (2010) s. 93

⁴⁰ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 81

Skriftlighetskravet er begrunnet i bevis hensyn, riktignok ville entreprenøren blitt klar over byggherrens standpunkt gjennom en muntlig varsling, men ved en eventuell tvist ville det kunne oppstå tvil om hva som faktisk ble varslet.⁴¹ Hensynet til en ryddig og oversiktlig kontraktsadministrasjon, som standarden tar sikte på å oppnå, taler også for et skriftlig varslingssystem.⁴²

3.3 Byggherrens innsigelsesfrist i tilknytning til sluttoppgjøret

Innsigelsesfristen i tilknytning til sluttoppgjøret er regulert i standardens pkt. 33.2. annet ledd;

”Er ikke annet avtalt, skal innsigelser byggherren har mot sluttoppstillingen eller krav han har mot entreprenøren i forbindelse med kontrakten, fremsettes innen betalingsfristen. Innsigelser og krav som byggherren har fremsatt tidligere, skal gjentas overfor entreprenøren innen fristein dersom de opprettholdes.”

Bestemmelsen regulerer byggherrens frist for å fremme innsigelser mot sluttoppstillingen, eller fremme eventuelle egne krav han har mot entreprenøren i forbindelse med kontrakten. Etter pkt. 33.2 annet ledd har byggherren en frist på to måneder, dersom noe annet ikke er avtalt, til å gjøre sine innsigelser og krav i tilknytning til sluttoppgjøret gjeldende. Fristen for byggherren til å fremme sine innsigelser/krav starter å løpe fra han mottar sluttoppstillingen vedlagt slutfaktura. Innsigelsesfristen løper således parallelt med betalingsfristen dersom noe annet ikke er avtalt mellom partene. I praksis innebærer dette at byggherren må gjøre sine innsigelser/krav gjeldende innen to måneder fra han mottok sluttoppstillingen med vedlagt slutfaktura.⁴³

Dersom byggherren mener han har innsigelser eller krav mot det sluttoppgjør han har mottatt, skal han imidlertid betale slutfakturaens beløp, fratrullet det beløp som tilsvarer hans

⁴¹ Marthinussen (2010) s. 92

⁴² Barbo (1997) s. 208

⁴³ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 415

innsigelser/krav, innen betalingsfristens utløp. Byggherren kan således ikke unnlate å betale hele slutfakturaen som følge av at han har enkelte innsigelser mot den oppstillingen som entreprenøren har foretatt.⁴⁴ I de tilfeller hvor byggherren mener han har mottatt et ufullstendig sluttoppgjør, må han be entreprenøren om den tilleggsdokumentasjon han mener er nødvendig for at sluttoppgjøret skal anses som tilfredsstillende.⁴⁵

Det er bare i de tilfeller byggherren har innsigelser eller mangler tilstrekkelig dokumentasjon for å ta stilling til entreprenørens krav at han kan unnlate å foreta betaling, jf. standardens pkt. 29.3 annet ledd.

3.4 For tidlig betaling

Et spørsmål som reiser seg, er hva som skjer dersom byggherren betaler slutfakturaen før utløpet av fristen – mister han da retten til å komme med innsigelser mot kravet eller har han disse i behold frem til utløpet av fristen?

Dersom byggherren betaler og ikke fremmer innsigelser før utløpet av fristen kommer ikke problemstillingen på spissen, da hans innsigelser og krav uansett vil være prekludert etter pkt. 33.2 tredje ledd. Bestemmelsen løser imidlertid ikke spørsmålet om hva som skjer med byggherrens innsigelser/krav der han betaler før utløpet av fristen, og han før fristens utløp allikevel ønsker å gjøre innsigelser gjeldende.

Enkelte forfattere har tatt til ordet for at byggherren i slike tilfeller er avskåret fra å gjøre sine innsigelser gjeldende.⁴⁶ Standpunktet synes å være begrunnet i alminnelige oppgjørshensyn. I utgangspunktet kan nok et slikt standpunkt ha gode grunner for seg.

⁴⁴ Marthinussen (2010) s. 551

⁴⁵ Marthinussen (2010) s. 551

⁴⁶ Marthinussen (2010) s. 551

Etter min mening er dette imidlertid et for unyansert standpunkt til et tvilsspørsmål. I de tilfellene hvor byggherren betaler slutfakturaen umiddelbart, og senere, men før fristens utløp, får rede på at han har betalt for mye, kan det være sterke reelle hensyn som tilser at han fortsatt skal kunne rette innsigelser mot sluttoppgjøret. En prinsipiell avvisning av innsigelsesadgangen som følge av gjennomført betaling, kan jeg ikke se at i seg selv gir en tilstrekkelig rettslig adgang til å avskjære retten til å fremme innsigelser. Dette må etter min mening avgjøres etter en konkret vurdering etter reglene om *condictio indebiti*. Se nærmere om dette i oppgavens kapittel 7.

3.5 Preklusjonsvirkninger

Sluttoppgjørets preklusive virkninger er regulert i standardens pkt. 33.1 fjerde ledd;

” Krav som ikke er medtatt i sluttoppstillingen, kan ikke fremsettes etter utløpet av fristen nevnt i første ledd.”

Det fremkommer uttrykkelig av bestemmelsen at krav som entreprenøren har utelatt fra sluttoppstillingen, ikke kan fremsettes etter utløpet av korrigeringsfristen i første ledd. Dette innebærer at kravet blir prekludert. Begrunnelsen for en slik preklusjonsregel finner vi i selve sluttoppgjørsinstituttet. Dersom det fremmes krav etter at fristen er utløpt, kan byggherren etter bestemmelsen velge å se helt bort fra disse. Preklusjonsbestemmelsen i fjerde ledd skal tolkes strengt.⁴⁷ Fremsettes et krav etter utløpet av korrigeringsfristen, er kravet bortfalt.⁴⁸

Den strenge fortolkningen må ses i sammenheng med det sterkt formalistiske systemet som standarden ellers legger opp til. Dette er også i tråd med den utviklingen som har skjedd gjennom de tidligere standarder, hvor de preklusive virkningene har blitt tydeligere presisert fra standard til standard.⁴⁹

⁴⁷ Marthinussen (2010) s. 544

⁴⁸ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 412

⁴⁹ Marthinussen (2010) s. 544

Et særlig spørsmål som reiser seg i tilknytning til preklusjonsregelen, er i hvilken grad krav som entreprenøren har utelatt i sluttoppstillingen, men medtatt i slutfakturaen, prekluderes. Etter bestemmelsens ordlyd skulle i utgangspunktet slike krav bli prekludert.⁵⁰ Det er imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen ikke kan tas helt på ordet i slike tilfeller, da et slikt resultat ville være i strid med hensynet bak reglene.⁵¹ Bakgrunnen for dette er at det i disse tilfellene vil være åpenbart for byggherren at det skyldes en feil fra entreprenørens side at kravet ikke er medtatt i sluttoppstillingen. Resultatet ville således stride mot den lojalitetsplikt som gjelder mellom partene, både etter standardens pkt. 5 og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold.⁵²

Det følger imidlertid viktige unntak fra hovedregelen om preklusjon. Unntakene reguleres i standardens pkt. 33.1 tredje ledd, som lyder:

”Dette gjelder likevel ikke krav knyttet til arbeid som først skal utføres etter overtakelsen, krav på innestående etter 28.1, gjenstående krav til indeksregulering etter 27.1, og krav som er brakt inn for oppmann, domstolene eller voldgift.”

Unntakene er av stor praktisk betydning og innebærer at visse krav ikke blir prekludert, til tross for at de er utelatt.

Begrunnelsen for unntakene er noe forskjellige. Krav om innestående er unntatt som følge av at kravet er en del av entreprenørens opprinnelige og rettmessige vederlag som begge parter er kjent med. Det er derfor ikke nødvendig at parten fremmer et krav som han åpenbart er berettiget til.⁵³ Når det kommer til krav som knytter seg til arbeid som ennå ikke er utført, har dette sin

⁵⁰ Marthinussen (2010) s. 545

⁵¹ Marthinussen (2010) s. 545

⁵² Marthinussen (2010) s. 545

⁵³ Marthinussen (2010) s. 545

begrunnelse i rent praktiske hensyn. Det er vanskelig for entreprenøren å beregne sitt krav når arbeidet ennå ikke er gjennomført ved tidspunktet for byggherrens overtakelse.

Unntaket for preklusjon av krav på indeksregulering er begrunnet med at indekser fra Statistisk Sentralbyrå ofte ikke vil foreligge på det tidspunkt sluttoppgjøret utformes.⁵⁴ Det kan i den forbindelse spørres om kravet blir prekludert dersom entreprenøren, til tross for at indeksene forelå på tidspunktet for utarbeidelsen av sluttoppgjøret, allikevel ikke har medtatt kravet i sin sluttoppstilling. I slike tilfeller vil det kunne være nærliggende å anta at kravet om indeksregulering blir prekludert, ettersom hensynet for unntaket i slike tilfeller ikke gjør seg gjeldende. Et slikt todelt system ville kanskje også harmonere best med hensynet om at sluttoppstillingen skal inneholde en endelig og komplett liste over entreprenørens krav.

Ordlyden i bestemmelsen trekker imidlertid i en annen retning, da den er generelt utformet og viser til ”*gjenstående krav på indeksregulering etter 27.1.*”⁵⁵ Ordlyden knytter seg således opp mot de gjenstående krav på indeksregulering, uavhengig av hva som er årsaken til at entreprenøren ikke har krevd indeksregulering på et tidligere tidspunkt. Det kan også hevdes at en todelt regel med tanke på krav om indeksregulering, ville være mer konfliktskapende enn et generelt unntak for preklusjon av krav om indeksregulering. Reelle hensyn trekker således i retning av en slik løsning som ordlyden legger opp til. Slik jeg ser det vil et slikt generelt unntak for preklusjon av krav på indeksregulering ha de beste grunner for seg.

Når det kommer til krav som er brakt inn for domstolene, oppmann eller voldgift, ligger begrunnelsen for unntaket i at partenes standpunkt i forhold til kravet her er brakt på det rene.⁵⁶ Det å prekludere kravet i slike tilfeller ville virke urimelig og tilføre byggherren en tilfeldig begunstigelse.

⁵⁴ Marthinussen (2010) s. 546

⁵⁵ Marthinussen (2010) s. 546

⁵⁶ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 412. Etter min mening gjøres tilsvarende synspunkt gjeldende her.

3.5.1 Rentekrav

Et spørsmål som melder seg i forhold til standardens pkt. 33.1 er om krav på renter blir prekludert, dersom rentekravet ikke er medtatt i sluttoppgjøret.

Problemstillingen knytter seg til de krav som er fakturert, men hvor betaling enda ikke har funnet sted. I disse tilfellene vet ikke entreprenøren hvor stort det endelige kravet er. Dette skyldes at rentekravet beregnes frem til betaling rent faktisk har funnet sted. Spørsmålet blir derfor om rentekravet blir prekludert, dersom entreprenøren ikke tar forbehold om å fremme et senere rentekrav. Etter min mening må svaret her være ja. I disse tilfellene vil grunnlaget for å beregne rentekravet ikke være tilstede ved innsendelsen av sluttoppgjøret. Skal entreprenøren i disse tilfellene ha sitt krav om forsinkelsesrenter i behold, må han ta et spesifikt forbehold om dette i sluttoppgjøret, jfr. standardens pkt. 33.1 tredje ledd. Hørlyck gir uttrykk for det samme standpunktet i sin kommentarutgave til den danske standardkontrakten AB 92, hvor han uttaler;

*”På den annen side er der grund til at antage, at der ved henvisning til muligheden for at tage specificeret forbehold om at fremkomme med yderligere krav tages højde for dette problem, idet der jo ikke er noget, der hindrer en entreprenør i at tage forbehold om at fremkomme med rentekrav. Den præklusive virkning må derfor omfatte rentekrav.”*⁵⁷

Når det kommer til rentekrav i forbindelse med for sent betalte krav, må disse fremsettes etter standardens pkt. 33.1 annet ledd litra d, dersom de skal være i behold. For rentekrav som knytter seg til betalingen av selve slutfakturaen vil forsinkelseslovens regler gjelde, jfr. standardens pkt. 33.2 første ledd in fine.

⁵⁷ Hørlyck (2008) s. 264

4 Sluttoppgjør og preklusjonsvirkninger i forbrukerentrepriser

4.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg gjøre nærmere rede for sluttoppgjøret i forbrukerentrepriser. Reglene om sluttoppgjør i forbrukerentrepriser finner vi i bustadoppføringslova. Oppføring av bolig er gjerne den største investeringen en forbruker gjør. Vederlagets størrelse er derfor av en sentral betydning. Forbrukerhensyn tilsier derfor et behov for regler som sørger for en ryddig og oversiktlig avslutning av arbeidene. De samme hensyn og formål som gjør seg gjeldende i tilknytning til sluttoppgjøret i entrepriser, vil således gjelde tilsvarende i forbrukerentrepriser.

Det er imidlertid enkelte særegne forhold ved forbrukerentrepriser som tilsier at reglene skal praktiseres noe lempeligere enn ved de vanlige entrepriser. Dette gjelder spesielt med tanke på preklusjon av forbrukerens berettigede krav. For strenge preklusjonsregler i tilknytning til sluttoppgjøret, vil kunne virke urimelig og ramme den enkelte forbruker hardt.

4.2 Forholdet til standardkontraktene og annen lovgivning

Bustadoppføringslova hører til en familie av kontraktslover som i hovedsak bygger på samme grunnmodell.⁵⁸ De tidligste av disse er kjøpsloven fra 1988, og håndverktjenesteloven av 1989. Kjøpsloven fra 1998, bygger i sin tur på FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp fra 1980 (CISG).⁵⁹ Ved tolkningen av reglene i bustadoppføringslova, kan det således være hensiktsmessig å se reglene i sammenheng med reglene i de andre kontraktslovene. Spørsmål som dukker opp ved tolkningen av bustadoppføringslova kan være løst i de andre kontraktslovene. De kan således bidra til en løsning og ha en viss overføringsverdi.⁶⁰ Det samme gjelder rettspraksis fra de andre kontraktslovene.

⁵⁸ Lilleholt (2001) s. 30

⁵⁹ Lilleholt (2001) s. 30

⁶⁰ Lilleholt (2001) s. 31

Spesielt for bustadoppføringslova er at mange av dens bestemmelser bygger direkte på bestemmelser fra standardkontraktene innenfor entrepriseretten.⁶¹ Tolkings- og rettspraksis fra entrepriserettens område vil derfor kunne ha stor betydning for tolkningen og forståelsen av de enkelte bestemmelser i loven.

Bustadoppføringslovas bestemmelser bygger i hovedsak på prinsipper fra den eldre entreprisestandarden NS 3430. Som nevnt tidligere er imidlertid den nye standarden i NS 8405, en videreføring og presisering av reglene i den gamle standarden. Praksis fra så vel den nye som den gamle standarden vil således kunne bidra til forståelsen av lovens bestemmelser.

4.3 Krav om sluttoppgjør

Hovedreglen om sluttoppgjøret i forbrukerentrepriser finner vi i buofl. § 48, som lyder:

”Forbrukeren kan setje som vilkår for betaling av avdrag og sluttoppgjer at entreprenøren legg fram rekning som kan kontrollerast. Tillegg for prisstiging, justering av vederlaget etter § 42 og tillegg etter § 43 skal gå fram særskilt”

Bestemmelsen oppstiller ingen krav om spesifisering av sluttoppgjøret fra entreprenørens side. Den unntar heller ingen særskilte krav fra preklusjonsvirkningene av sluttoppgjøret. Bestemmelsen skiller seg således fra sluttoppgjørsbestemmelsen i NS 8405. Sluttoppgjørets preklusive virkninger vil således kunne ramme partene hardt. Spesielt vil dette gjelde for entreprenørens krav på innestående og forbrukerens krav på dagmulkt. Se nærmere om dette i oppgavens pkt. 4.6 og 4.7.

Forbrukeren kan imidlertid sette som vilkår for at han skal betale avdrag og sluttoppgjøret, at entreprenøren fremlegger en spesifisert regning, jfr. buofl. § 48 første ledd. Dersom forbrukeren ikke på forhånd har oppstilt slike krav, innebærer dette at entreprenøren kun behøver å sende en slutfaktura, uten nærmere spesifikasjon. I de tilfellene det er avtalt mellom partene at

⁶¹ Lilleholt (2001) s. 32

entreprenøren skal sende en sluttoppstilling, blir spørsmålet hvilke innholdskrav som kan stilles til entreprenøren oppstillingen.

4.3.1 Innholdskrav

Hvilke innholdskrav som stilles til sluttoppgjøret må vurderes ut fra avtalen mellom partene. Det sentrale hensynet er at forbrukeren skal gis adgang til å få oversikt over de krav entreprenøren fremmer, og sammenligne dette med det som opprinnelig ble avtalte. Der partene har avtalt fastpris og regningen lyder på det samme beløp, behøver ikke entreprenøren å spesifisere kravene nærmere.⁶² I de tilfeller der fakturaen avviker fra det avtalte beløp, eller partene ikke har avtalt noen fastsum for arbeidene, må entreprenøren sende forbrukeren en sluttoppstilling som gir forbrukeren tilstrekkelig grunnlag for å vurdere entreprenørens krav. I alle tilfeller vil krav i forbindelse med prisstigning, justering av vederlaget som følge av endrings- eller tilleggsarbeider, eller tilleggskostnader som følge av forhold på forbrukerens side, måtte spesifiseres særskilt, jfr. buofl. § 48 første ledd annet punktum.

4.3.1.1 Forholdet til innholdskravet i sluttoppgjørsbestemmelsen i NS 8405 pkt.33.1

Hvilke ytterligere krav som bør være spesifisert, vil måtte vurderes konkret fra tilfelle til tilfelle.⁶³ Her vil bestemmelsen om sluttoppgjør i NS 8405, kunne gi veiledning om hvilke krav som bør medtas. Etter min mening bør det være slik at jo mer omfattende prosjektet er, dess større krav vil man kunne stille til entreprenørens sluttoppstilingen. Slik jeg ser det bør derfor forbrukeren ved inngåelsen av avtalen sette som vilkår at sluttoppstillingen skal inneholde følgende punkter:

- Alle fakturerte og betalte krav
- Alle fakturerte krav, uavhengig om de er forfalt eller ikke

⁶² Lilleholt (2010) Note 197

⁶³ Lilleholt (2010) Note 197

- Fakturerte og forfalte krav som forbruker har avvist, men som entreprenøren opprettholder
- Alle krav entreprenøren mener å ha som ennå ikke er fakturert, herunder inntående.

Der forbrukeren ikke har oppstilt slike krav oppstår spørsmålet om de innholds krav NS 8405 stiller til sluttoppgjøret kan gjøres gjeldende for sluttoppgjøret i forbrukerentrepriser.

Problemstillingen kommer som tidligere nevnt ikke på spissen der det er avtalt fastpris og sluttsommen ikke avviker fra denne, jfr. buofl. § 48 første ledd.

Grunnlaget for en slik analogisk anvendelse av sluttoppgjørbestemmelsen i NS 8405, må i så fall begrunnes ut fra at reglene i bustadoppføringslova langt på vei har samme hovedinnhold som standardens pkt. 33.⁶⁴ I tillegg bygger som nevnt bustadoppføringslovas regler i stor grad på sluttoppgjørbestemmelsen i den tidligere hovedstandard NS 3430, og den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405 er i store trekk en videreføring av denne.

Sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3430 inneholdt ikke en egen spesifisering av hvilke krav som måtte angis i slutfakturaen slik dagens standard gjør. Det følger imidlertid av NS 3430 pkt. 24.1 at entreprenøren skal sende en *”spesifisert faktura som kan kontrolleres, om nødvendig ved å sammenholde med kontraktsdokumentene”*. Videre skulle krav som følge av endret utførelse, lønns- og prisendringer og regningsarbeider spesifiseres på egne fakturaer. Det er således klare likheter mellom spesifiseringskravet i buofl. § 48 og sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3430.

Slik jeg ser det er det derfor gode grunner for å la innholds kravet som følger av pkt. 33.1 annet ledd i NS 8405 gjelde tilsvarende i forbrukerentrepriser. En slik analogisk anvendelse av bestemmelsen ville utvilsomt harmonisere med bustadoppføringslovas formål og de forbrukerhensyn den tar sikte på å verne. Høyesterett har også vært tilbøyelig til å se hen til de

⁶⁴ Marthinussen (2010) s. 535

løsninger som følger av nyere standarder der det oppstår tvilsspørsmål i tilknytning til eldre standarder, se Rt. 2010 s. 961.⁶⁵

I utgangspunktet skal man som hovedregel være forsiktig med å gi en bestemmelse en slik analogisk anvendelse. Slik jeg ser det er det imidlertid færre betenkeligheter ved å gi innholdskravet i NS 8405 en tilsvarende virkning for forbrukerentrepriser, ettersom en slik løsning ville føre til en harmonisering mellom reglene i NS 8405 og bustadoppføringslova. Videre ville en slik anvendelse av bestemmelsen bidra til å avklare et tvilsspørsmål og sikre forbrukerens rettigheter på en gode måte. Reelle hensyn og alminnelige forbrukerhensyn tilsier dermed en slik anvendelse av regelen.

4.4 Preklusjonsvirkninger av innsendt sluttoppgjør

Konsekvensen av innsendt sluttoppgjør reguleres i buofl. § 48 annet ledd;

”Har forbrukeren fått rekning for sluttoppgjer, kan entreprenøren ikkje seinare krevje retting av sluttoppgjøret.”

Etter innsendelsen av sluttoppgjøret er entreprenøren i utgangspunktet avskåret fra å gjøre endringer. Bestemmelsen er strengere enn sluttoppgjørsbestemmelsen i NS 8405, da den ikke inneholder en endringsfrist for entreprenøren. I forarbeidene uttales det følgende om endringsadgangen i tilknytning til sluttoppgjøret:

*”Poenget med eit sluttoppgjer må nettopp vere at det skal gje ei endeleg klårgjering av det økonomiske oppgjeret mellom partane. Etter departementet sitt syn er det ikkje naturleg at entreprenøren skal ha ein generell rett til å rette sluttoppgjeret, slik utvalet gjorde framlegg om i sitt utkast § 5-7 tredje ledd. Også etter NS 3430 punkt 31.1 er hovudregelen at krav som ikkje er medtekne i sluttoppgjeret, ikkje kan setjast fram seinare.”*⁶⁶

⁶⁵ Se nærmere om avgjørelsen i oppgavens pkt. 4.6.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 70

Dette innebærer i utgangspunktet at de krav entreprenøren har utelatt fra sluttoppgjøret blir prekludert. En uteglemmelse fra entreprenørens side kan således få store konsekvenser for ham. Bakgrunnen for regelen må ses i sammenheng med sluttoppgjørets formål om å sette en endelig sluttstrek for kontraktsarbeidende og den gamle sluttoppgjørsbestemmelsen i NS 3430, som regelen bygger på.

4.4.1 Unntak fra hovedreglen om preklusjon etter buofl. § 48 annet ledd

Bestemmelsen gjelder imidlertid ikke uten unntak. I de tilfeller forbrukeren ”måtte forstå” at det var en feil i sluttoppgjøret, kan entreprenøren allikevel gis en rett til å foreta en retting av det innsendte sluttoppgjøret.

Hva som ligger i begrepet ”måtte forstå” må vurderes konkret. Det må legges til grunn at forbrukeren ikke har en aktiv plikt til å undersøke eller kontrollregne sluttoppgjøret.⁶⁷ Veiledning i hva som ligger i begrepet kan søkes i de andre kontraktslovene der lignende begreper er brukt, og i rettspraksis. Jeg viser i denne forbindelse til Høyesteretts avgjørelse fra 2002, hvor førstvoterende uttaler;

*”Jeg bemerker at jeg oppfatter ”måtte kjenne til ” som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 89, sies det at « Meininga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande ». Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det.”*⁶⁸

⁶⁷ Lilleholt (2010) Note 199

⁶⁸ Rt. 2002 s. 696 (om avhl. § 3-7). Se også Rt. 2002 s.1110 (om kjl. § 20).

Det sentrale vurderingstemaet blir derfor om forbrukeren hadde noen rimelig grunn til å regne med at den sluttoppstillingen som entreprenøren sendte var riktig.

4.4.1.1 Forbehold

Til tross for entreprenørens beskjedne adgang til å foreta endringer i det innsendte sluttoppgjøret etter buofl. § 48 annet ledd, første punktum, gis entreprenøren en rett til å innta et forbehold om en senere endring av sluttoppgjøret i buofl. § 48 annet ledd, annet punktum;

”Dette gjeld likevel ikke dersom det er teke særskilt atterhald eller forbrukaren måtte forstå at det var feil i rekninga”.

Forbeholdet kan imidlertid ikke være generelt utformet. Det må knytte seg til spesifikke forhold og til konkrete punkter i sluttoppgjøret. Bestemmelsen oppstiller ingen begrensinger for hvilke krav og hva som er begrunnelsen for entreprenørens forbehold. Den skiller seg således fra bestemmelsen i NS 8405, hvor entreprenøren kun kan ta forbehold om senere endringer, dersom grunnlaget for beregningen av kravet ikke forelå ved innsendelsen av sluttoppgjøret.

I de tilfellene entreprenøren har inntatt et forbehold om senere endring av sluttoppgjøret, vil det innsendte sluttoppgjøret ikke regnes som et sluttoppgjør, men som en foreløpig oversikt over det økonomiske mellomværende mellom partene.⁶⁹ Konsekvensen av dette vil være at ingen av partene er bundet av de regler som § 48 oppstiller.⁷⁰ Rettsvirkningene av det foreløpig sluttoppgjøret vil derfor utsettes til det foreligger en endelig avklaring fra entreprenørens side. Det kan dermed gå lang tid før man får en endelig avslutning av kontraktsforholdet som følge av forbeholdet. Entreprenøren kan imidlertid ikke vente urimelig lenge med å fremme sitt endelige sluttoppgjør. Her vil etter min mening de samme hensyn gjøre seg gjeldende som i de profesjonelle entrepriser. Jeg viser i den anledning til oppgavens kapittel. 6.1 om forbehold, hvor tilsvarende må gjelde for forbrukerentrepriser.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 70

⁷⁰ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 70

4.5 Forbrukerens innsigelsesfrist

Forbrukerens innsigelsesfrist reguleres av buofl. § 48, tredje ledd;

”Rekning for sluttoppgjer utan atterhald er bindande for forbrukeren dersom innvending ikkje er reist seinast ein månad etter at rekninga er motteken. Dette gjeld likevel ikkje dersom lågare vederlag følgjer av avtalen, eller dersom kravet er urimeleg.”

Der hvor forbrukeren mottar sluttoppgjøret uten forbehold, har forbrukeren en måned på seg til å rette innsigelser mot oppgjøret. Utgangspunktet skulle dermed være klart. Dersom entreprenøren sender et tilfredsstillende sluttoppgjør, har forbrukeren en måned på å gjøre sine innsigelser og eventuelle motkrav gjeldende jfr. buofl. § 48 tredje ledd. Oversitter forbrukeren fristen, blir kravene prekludert. Bustadoppføringslova. § 48 legger således opp til samme løsning som NS 8405.

4.5.1 Unntak fra innsigelsesfristen

Bestemmelsen i buofl. § 48 tredje ledd første punktum, gjelder imidlertid ikke uten unntak. Av buofl. § 48 tredje ledd annet punktum, fremgår det at dersom kravet i slutfakturaen er høyere enn det som er avtalt eller er *”urimelig”*, har forbrukeren sine innsigelser i behold. Summeringsfeil kan for eksempel føre til at regningen i sluttoppgjøret er høyere enn det som følger av avtalen. I slike tilfeller gjelder ikke innsigelsesfristen.⁷¹ I praksis innebærer dette at regelen vil få størst betydning til krav som knytter seg til regnings- og tilleggsarbeider. Det er innsigelser mot disse som vil bli prekludert dersom forbrukeren ikke reiser innvendinger innen fristens utløp.⁷² Er fristen oversittet vil kun forbrukeren ha sine innsigelser i behold dersom kravet er urimelig.

⁷¹ NOU 1992:9 s. 98

⁷² Lilleholt (2010) note 198

4.5.1.1 Hva anses som urimelige krav etter buofl. § 48 tredje ledd?

Bustadoppføringslova § 48 tredje ledd, regulerer ikke spørsmålet om hva som skal til for at et krav skal anses som urimelig. Bestemmelsens forarbeider gir heller ingen veiledning i tilknytning til spørsmålet.⁷³ Bestemmelsens tredje ledd inneholder imidlertid en tilsvarende unntaksregel som de vi finner i håndverkertjenesteloven § 36 tredje ledd (hvtjl.) og Kjøpsloven § 47 (kjl.).⁷⁴ Teori og praksis fra disse bestemmelsene kan således gi veiledning i avgjørelsen av hva som skal regnes som urimelig. Jeg viser i denne forbindelse til Borgarting lagmannsretts dom fra 2004, hvor retten uttaler følgende i tilknytningen til spørsmålet etter hvtjl. § 36 tredje ledd;

”Jakobsen vil imidlertid ikke være bundet av de fakturerte prisene hvis de er urimelige, jf hvtjl. §36 tredje ledd. Det er imidlertid ikke, slik Jakobsen synes å anføre, tilstrekkelig at den fakturerte prisen overstiger det som må anses som gjengs pris. En slik innsigelse måtte vært fremsatt straks han fikk fakturaene.

Jakobsen anfører at tilleggsbestilt inventar som er betalt med ca kr 550.000 er overpriset med 40% i forhold til markedspris. Partenes takstmenn er uenige om hva markedsprisen er, uten at noen av dem har underbygget dette i særlig detalj. Markedsprisen på spesialdesignet og unikt inventar lar seg neppe fastslå eksakt, og det må tas noe hensyn til at leveransene hastet og måtte prioriteres på snekkerverkstedet. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at inventarprisene er urimelige, jf hvtjl. §36 tredje ledd.”⁷⁵

Slik jeg ser det illustrerer dommen at der det er tale om spesiallagde produkter, og det har foreligget tidspress kan terskelen for når prisen blir ansett som urimelig være høyere. Dommen viser således at grensen for når kravet skal anses som urimelig vil være avhengig av de konkrete omstendigheter i saken. På denne bakgrunn er det derfor vanskelig å si noe konkret om hvor grensen går.

⁷³ Ot.prp. nr 21 (1996-1997) s. 79

⁷⁴ Ot.prp. nr 21 (1996-1997) s. 79

⁷⁵ LB-2004-04986

Det følger imidlertid av buofl. § 41 annet ledd, at dersom partene ikke har avtalt noen pris, skal forbrukeren betale et vederlag som dekker de nødvendige kostnadene og et rimelig påslag. Bestemmelsen vil således kunne brukes som en veiledning i de tilfeller hvor man skal ta stilling til om vederlagskravet som er fremmet er urimelig. Har entreprenøren lagt på et for stort påslag i forhold til det som er vanlig, vil det kunne tale for at vederlaget skal anses som urimelige.

Om påslaget er rimelig må vurderes ut fra hva som er vanlig i bransjen.⁷⁶ I denne sammenheng viser jeg til Borgarting lagmannsretts avgjørelse fra 2002, hvor retten uttaler følgende i tilknytning til spørsmålet:

”Det synes imidlertid å være bransjemessig standard at det uten avtale kan beregnes 10 % påslag og at påslag ut over dette avtales særskilt. [...] Spørsmålet i saken er om det i dette tilfelle vil være rimelig med et påslag høyere enn 35,7 %. Det er ikke påstått at påslaget skal settes lavere. Det er snakk om påslag på materialer som skal dekke materialkostnadenes andel av indirekte kostnader og fortjeneste, samt eventuell risiko knyttet til materialleveransen. Uten nærmere avtale og særskilt avregning er entreprenøren uberettiget til å dekke inn i påslaget arbeid med prosjektering, planlegging og byggesaksbehandling og arbeid med avkjørsel og veg. Uten avtale er han også uberettiget til å ta igjen lav timepris i påslag på materialer. Et gjennomsnittlig påslag høyere enn 35,7 % ligger etter lagmannsrettens mening utenfor hva som i dette tilfelle er rimelig påslag, og det er derfor ikke grunn til å endre herredsrettens avgjørelse.”⁷⁷

Dommen illustrerer at påslagets størrelse kan være høyere enn det som er bransjemessig standard. Det sentrale vurderingspunkt er om påslaget ut fra de konkrete omstendigheter er urimelig. I dette tilfelle kom domstolene frem til at et påslag høyere enn 35,7% ville være urimelig. Om vederlaget er urimelige eller ikke må således vurderes ut fra en konkret helhetsvurdering, hvor ulike momenter vil spille inn. Særlig vil påslaget størrelse, omfanget av tilleggsarbeidene og hva som er gjengs pris for tilsvarende arbeider være av betydning.

⁷⁶ Lilleholt (2010) note 172

⁷⁷ RG 2002 1407 (Borgarting)

For de tilfeller hvor entreprenøren har gitt et prisoverslag på arbeidene, skal vederlaget ikke overstige den oppgitte prisen med høyst 15%, jfr. buofl. § 41 annet ledd. Slik jeg ser det må denne grensen også gjelde der hvor entreprenøren har oppgitt et prisoverslag på de tilleggsarbeider han skal utføre. I disse tilfellene burde det endelige vederlaget for tilleggsarbeidene ikke overstige det opprinnelige vederlaget med mer enn 15 %.

4.6 Krav på innestående

Innestående er et beløp som gjenstår til betaling ved overtagelse av arbeidene. Innestående er en del av entreprenørens opprinnelige vederlag og er betaling for allerede utført arbeid. Det er således en del av den kontraktssummen som forbrukeren er forpliktet til å betale. Innestående fungerer som en sikkerhet for forbrukeren. Beløpet skal stå ubetalt inntil overtagelsen av arbeidene. Reglene om innestående finner vi i buofl. § 47 første ledd bokstav c. Reglene bygger i hovedsak på reglene om innestående i den gamle entreprisestandarden NS 3430 punkt 26.

Dersom entreprenøren utelater kravet om innestående fra sluttoppgjøret, oppstår spørsmålet om kravet er prekludert etter hovedreglen i buofl. § 48. Den gamle sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3430, som buofl § 48 bygger på, regulerte ikke spørsmålet.⁷⁸ Det har derfor hersket adskillig tvil om løsningen. Spørsmålet kom imidlertid nylig opp for Høyesterett, i tilknytning til preklusjon av innestående etter sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3431.⁷⁹ Høyesterett uttaler i sin avgjørelse følgende:

”I motsetning til i NS 8405 punkt 33.1 blir entreprenørens krav på utbetaling av innestående overhodet ikke nevnt i NS 3431 punkt 36.1. Når punkt 36.1 i NS 3431 leses i lys av punkt 30.3 andre ledd, som sier at innestående « utbetales ved sluttoppgjøret », fremstår det etter min

⁷⁸ Spørsmålet er nå løst i den nye NS 8405, der kravet om innestående eksplisitt er unntatt fra preklusjonsreglene, jfr. pkt. 33.1 fjerde ledd.

⁷⁹ Bestemmelsen om sluttoppgjør i NS 3431 er identisk sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3430

oppfatning som mest nærliggende å forstå punkt 36.1 slik at det ikke er nødvendig at krav om utbetaling av innestående beløp blir tatt med i sluttoppgjøret.

Dersom punkt 36.1 blir tolket slik at entreprenørens krav på innestående må være nevnt i sluttoppgjøret, må krav på innestående etter min oppfatning under enhver omstendighet være omfattet av unntaket i NS 3431 punkt 36.1 andre ledd andre punktum. Med krav som er « avgjort », må bestemmelsen mene krav som er akseptert eller som det er enighet om. Krav på utbetaling av innestående beløp må anses fremsatt ved de enkelte avdragsfakturaer, og da Florø Idrettssenter AS ikke har bestridt at kontraktsvederlaget er opptjent, er det enighet om størrelsen på kravet på innestående. Kravet på utbetaling av innestående beløp må dermed anses "avgjort" i den betydning dette uttrykket blir brukt i NS 3431 punkt 36.1. Det er da ikke blitt prekludert ved at Skanska har unnlatt å ta dette med i sluttoppgjøret".⁸⁰

Etter avgjørelsen skulle det være forholdsvis klart at kravet på innestående ikke blir prekludert i entreprisforhold til tross for at det er utelatt fra sluttoppgjøret. Høyesteretts begrunnelse for resultatet synes å ligge i at innestående er en del av det opprinnelige avtalte vederlaget mellom partene, og at kravet har sin bakgrunn i at arbeidene faktisk er utført. I tillegg tilsier verken hensynene eller ordlyden i NS 3431 pkt. 36.1 at kravet om innestående må nevnes særskilt i sluttoppgjøret.

Ettersom buofl. § 48 bygger på NS 3430, ville det være nærliggende å komme til samme resultat som Høyesterett, også etter boufl. § 48. Etter min mening vil dette ha de beste grunner for seg. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende i begge tilfeller. Også innenfor forbrukerentrepriser er innestående en del av det opprinnelige avtale vederlaget, og kravet knytter seg til arbeid som er utført. Enkelte vil kanskje hevde at forbrukervernet vil bli svekket ved en slik løsning. Etter min mening må forbrukerhensynet her vike ettersom forbrukeren allerede ved inngåelsen av kontrakten er klar over kravet. En slik løsning vil også harmonisere med den nye sluttoppgjøringsbestemmelsen i NS 8405.

⁸⁰ Rt. 2010 s. 961

4.7 Dagmulktkrav

Etter buofl. § 18 kan forbrukeren kreve dagmulkt dersom han ikke får overtatt bygget til den avtalte tid. Dette gjelder også i de tilfeller arbeidene er fullført, men forbrukeren ikke har fått overta.⁸¹ Bustadoppføringslova § 18 oppstiller ingen frist for når forbrukeren må fremme sitt krav om dagmulkt, men det er vanlig at dette gjøres i forbindelse med sluttoppgjøret. Et spørsmål som dukker opp i denne forbindelse er hva som skjer i de tilfeller hvor forbrukeren oversitter fristen etter buofl. § 48. Blir kravet om dagmulkt prekludert eller kan forbrukeren fortsatt gjøre sitt krav gjeldende?

Verken buofl. § 18 eller § 48 regulerer spørsmålet uttrykkelig.⁸² I lovens forarbeider er det fremholdt at kravet som regel vil komme opp i forbindelse med sluttoppgjøret, og at det dermed ikke er nødvendig med egne reklamasjonsregler.⁸³ Det fremholdes videre at forbrukerens krav kan gå tapt på bakgrunn av alminnelige passivitetsregler.⁸⁴ Det hersker således en viss tvil om fristen etter § 48 tredje ledd også gjelder for dagmulktkravet. Lilleholt synes å være av den oppfatning at fristen etter § 48 tredje ledd neppe gjelder for dagmulktkravene.⁸⁵ Bergsåker synes imidlertid å være noe strengere da han i sin bok skriver:

*”..krav på dagmulkt avskjæres dersom kravet ikke gjøres gjeldende av forbrukeren innen fristen i § 48 tredje ledd..”*⁸⁶

Uttalelsene i forarbeidene synes å peke i retning av at det ikke har vært meningen å underlegge dagmulktkravet de preklusive virkningene i buofl § 48 tredje ledd, jfr, uttalelsene:

⁸¹ Ot.prp. nr. 21 (1996-97) s. 57

⁸² Bergsåker (1997) s. 90

⁸³ NOU 1992:9 s. 44

⁸⁴ NOU 1992:9 s. 44

⁸⁵ Lilleholt (2011) note 91. Bergsåker (2000) s. 90-91

⁸⁶ Bergsåker (1997) s. 90

”For forbrukarens krav på dagmulkt eller skadebot trengst det ikkje egne reklamasjonsreglar; spørsmålet om frådrag for dagmulkt eller skadebot vil i praksis koma opp seinast i samband med sluttoppgjeret. Elles kan allmenne passivitetsreglar koma inn dersom forbrukaren ventar urimeleg lenge med å fremje sine krav”.⁸⁷

Utvalget synes å begrunne dette ut fra at det ikke er nødvendig med reklamasjonsfrister for dagmulktkravet, og at disse eventuelt kun skal gå tapt som følge av alminnelige passivitetsregler. Skulle man derfor prekludere dagmulktkravet som følge av en oversittelse av fristen etter buofl. § 48 tredje ledd, ville dette stride i mot uttalelsene i lovens forarbeider. På den annen side harmoniserer en slik løsning dårlig med hensynet bak sluttoppgjørsinstituttet og behovet for å sette en strek for kontraktsarbeidene. For entreprenøren vil også en slik situasjon skape stor usikkerhet, da forbrukeren i lang tid etter at arbeidene er overlevert og sluttoppgjøret er gjennomført, kan gjøre dagmulktkravet gjeldende.

Slik jeg ser det må hensynet til entreprenøren tillegges mindre vekt i slike situasjoner. Bustadoppføringslova er en forbrukerlov. Loven har som formål å verne om forbrukeren. For en forbruker vil preklusjonsbestemmelsen i § 48 tredje ledd, kunne virke som en felle. Resultatet vil kunne bli at entreprenøren oppnår en tilfeldig berikelse på forbrukerens bekostning. Etter min mening vil en slik løsning stride mot lovens formål og sterke forbrukerrettslige hensyn. Ved å unnta dagmulktkravet fra preklusjonsregelen i § 48 tredje ledd, legger man opp til en løsning som harmoniserer med lovens forarbeider og dens formål.

⁸⁷ NOU 1992:9 s. 44

4.7.1 Preklusjon av dagmulktkravet som følge av passivitet fra forbrukerens side

Om forbrukerens krav på dagmulkt går tapt, må dermed vurderes på bakgrunn av alminnelige passivitetsregler sett i sammenheng med foreldelsesfristen i foreldelsesloven.⁸⁸ I praksis vil dette innebære at forbrukerens dagmulktkrav som utgangspunkt kan fremmes helt frem til kravet er foreldet.

Det må imidlertid tas et forbehold om at kravet kan falle bort som følge av alminnelige passivitetsregler. Dette vil være tilfelle der forbrukeren forholder seg passivt og bruker urimelig lang tid på å fremme sitt krav etter at sluttoppgjøret er gjennomført. I slike tilfeller vil kravet kunne bli prekludert som følge av forbrukerens passivitet. Det sentrale i vurderingen vil være hvor lang tid som har gått fra sluttoppgjøret ble gjennomført og til forbrukeren fremmer sitt krav.⁸⁹ I den forbindelse viser jeg til boligvistnemndas avgjørelse fra 2010.⁹⁰ Saken gjaldt forbrukerens krav på dagmulkt som følge av forsinkelse. Nemnda måtte ta stilling til om kravet var tapt som følge av passivitet fra forbrukerens side, og uttalte følgende om spørsmålet:

” Nemnda vil innledningsvis slå fast at bustadoppføringslova ikke stiller opp en reklamasjonsplikt for forbrukeren når det gjelder krav om dagmulkt eller erstatning som følge av forsinkelse [...] I utgangspunktet vil derfor et krav på dagmulkt først falle bort dersom et det er foreldet.[...] Etter norsk rett vil likevel et krav kunne falle bort på grunnlag av såkalte allmenne passivitetsregler [...] Normalt uttrykkes regelen slik at en kreditor ikke kan vente ”urimelig lenge” med å fremme sitt krav. Særlig vil det kunne være aktuelt å benytte reglene dersom kreditor venter svært lenge med å fremme sitt krav, og kravets berettigelse er uklart eller omtvistet”

Nemnda kom etter en konkret vurdering fram til at kravet var tapt som følge av forbrukerens passivitet. Det gikk ca to år fra arbeidene var avsluttet til forbrukeren fremmet kravet om dagmulkt. Avgjørelsen vil således kunne gi veiledning i tilsvarende saker. Hver sak må imidlertid

⁸⁸ Lov om foreldelse av fordringer av 18.mai 1979 nr.18

⁸⁹ NOU 1992:9 s. 44

⁹⁰ Sak_561_2010

vrderes særskilt og på bakgrunn av de konkrete omstendighetene i saken. Hva som skal regnes som ”urimelig lenge” vil derfor variere fra sak til sak. Allikevel må det etter min mening kunne hevdes at terskelen for at forbrukerens krav skal bli prekludert, må ligge relativt høyt.

4.8 Oppsummering

Som det følger av drøftelsen over kan det oppstå adskillige stridsspørsmål i tilknytning til sluttoppgjøret i forbrukerentrepriser. Dette skyldes dels at sluttoppgjørbestemmelsen legger opp til mange rimelighetsvurderingen, og at loven selv ikke regulerer enkelte av de stridsspørsmål som kan oppstå. Det vil derfor være nødvendig å søke veiledning i så vel de andre kontraktslovene som standardkontraktene.

5 Forbehold i entrepriseforhold

Der entreprenøren har inntatt et forbehold om en senere endring av sluttoppstillingen etter standardens pkt. 33.1 tredje ledd, kan det oppstå en rekke interessante problemstillinger som standarden ikke regulerer nærmere. Dette knytter seg spesielt til hvordan byggherren skal forholde seg til forbehold han mener er urettmessige og fristen for entreprenøren til å gjøre sitt forbehold gjeldende. I det følgende vil jeg redegjøre for noen av de spørsmål som kan dukke opp i forbindelse med entreprenørens forbehold og hvordan de kan tenkes løst i praksis.

5.1 Krav til forbeholdet

NS 8405 oppstiller ingen krav til hvor forbeholdet skal inntas. Kolrud gir i sin bok uttrykk for at forbeholdet bør tas med i selve sluttoppstillingen.⁹¹ Sluttoppgjørbestemmelsen i den danske standard AB 92, inneholder et krav om at forbeholdet må inntas i selve sluttoppstillingen, jfr. AB

⁹¹ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 412

92 § 22 stk. 7. Etter den danske standarden anses det også tilstrekkelig dersom forbeholdet angis spesifikt i et følgebrev til det innsendte sluttoppgjøret.⁹²

Etter min mening bør en tilsvarende ordning også gjelde etter den norske standarden. En slik ordning kan slik jeg ser det begrunnes i hensynene bak sluttoppgjørsinstituttet og alminnelige lojalitetsbetraktninger.

Uavhengig av om det kan innfortolkes en slik regel etter den norske standarden, vil det sentrale være om forbeholdet kommer klart til uttrykk og at det fremgår klart hvilke krav forbeholdet knytter seg til.

5.2 Urettmessige forbehold

Dersom entreprenøren har inntatt et forbehold som byggherren mener er urettmessig, oppstår spørsmålet om byggherren må påberope seg dette som en innsigelse til sluttoppgjøret eller om han kan forholde seg passiv. Spørsmålet må etter min mening avgjøres etter en tolkning av standardens pkt. 33.2 annet ledd første setning;

” Er ikke annet avtalt, skal innsigelser byggherren har mot sluttoppstillingen[...] fremsettes innen betalingsfristen.”

Det sentrale spørsmålet blir dermed om forbeholdet skal regnes som en del av sluttoppgjøret. Slik jeg ser det, vil det være naturlig å anse forbeholdet som en del av sluttoppgjøret. Dette følger av at forbeholdet vil være en forutsetning for den sluttoppstillingen som entreprenøren utarbeider og som byggherren skal ta stilling til. Byggherren skal ta stilling til alle sider av sluttoppgjøret, både kravene som fremmes og eventuelle forbehold. Konsekvensen av dette vil bli at byggherren må gjøre sin innsigelse vedrørende forbeholdet gjeldende innen fristen som standardens pkt. 33.2 annet ledd oppstiller, dersom han vil unngå preklusjon. Slik jeg ser det vil en slik løsning

⁹² Hørlyck (2008) s. 264

harmonisere med de hensyn sluttoppgjøret bygger på. Det vil også sørge for en ryddig avslutning av kontraktsarbeidene.

5.3 Forbeholdets utsettende virkning

Der entreprenøren har inntatt et rettmessig forbehold, vil preklusjonsvirkningen i tilknytting til det aktuelle kravet utsettes. I praksis vil dette innebære at kravet er i behold til tross for at entreprenørens endringsfrist etter pkt. 33.1 er utløpt. Spørsmålet blir derfor om hvor lang tid det kan gå, før entreprenøren må korrigere de forhold han har tatt forbehold om. Standarden regulerer ikke spørsmålet. Det må således løses på bakgrunn av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Marthinussen legger til grunn i sin bok at entreprenøren må fremsette sin korrigering så fort han har mottatt det grunnlag han tidligere manglet.⁹³ Entreprenøren kan ikke forholde seg passiv etter at grunnlaget for å beregne kravet er tilstede. I slike tilfeller vil kravet gå tapt som følge av alminnelige passivitetsregler, men i denne sammenheng må det nevnes at terskelen for en slik preklusjon ligger høyt. En plikt for entreprenøren til å sende inn sine korrigeringer etter at grunnlaget er på plass kan oppstilles på bakgrunn av alminnelige regler om lojalitet i kontraktsforhold.⁹⁴ I de tilfeller entreprenøren til tross for at grunnlaget for å beregne kravet foreligger, unnlater å innsende sine korrigeringer vil dette kunne ses på som et brudd på lojalitetsplikten og som en uthaling av prosessen fra entreprenørens side. Det kan føre til at kravet går tapt.

Som følge av lojalitetsplikten kan det oppstilles en handlingsplikt for entreprenøren i forhold til sine underentreprenøren for å fremskaffe det nødvendige grunnlag for å beregne kravet, dersom dette står på underentreprenøren. Dersom entreprenøren unnlater å overholde sin aktivitetsplikt, og det ikke foreligger særlige grunner for det, vil dette kunne ha den konsekvens at byggherren

⁹³ Marthinussen (2010) s. 543

⁹⁴ Marthinussen (2010) s. 543

kan gjøre gjeldende at det er entreprenørens egen skyld at beregningsgrunnlaget ikke foreligger. Entreprenørens krav kan dermed være tapt.⁹⁵

Hvor lang tid det kan gå før entreprenøren må fremsette sin korrigering må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Slik jeg ser det vil det som et utgangspunkt være naturlig å legge til grunn at dersom forbeholdet om endringer i sluttsummen ikke fremsettes innen rimelig tid etter at entreprenøren har mottatt det manglende beregningsgrunnlaget, vil kravet være forspilt.⁹⁶ Entreprenøren vil ha en viss grad av slingringsmonn. Hva som regnes som rimelig tid må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Domstolene har imidlertid strukket seg langt, og gitt entreprenøren rimelig stor grad av frihet med hensyn til tidspunktet for fremsettelsen av eventuelle korrigeringer.⁹⁷

Et eksempel kan være Høyesteretts avgjørelse fra 1997.⁹⁸ Dommen omhandler riktignok spørsmålet om et tilbakebetalingskrav skal tillates, men etter min mening kan den virke illustrerende for spørsmålet. Det uttales følgende;

”Det vil være begrenset hvor lang tid en reservasjonserklæring skal tillegges vekt, dersom den ikke følges opp av rettslige skritt. Etter omstendighetene antar jeg at de tre år som gikk fra erklæringen ble innsendt og stevning ble inngitt, ikke er for lang tid, selv om man her nok står ovenfor et grensetilfelle.”

Avgjørelsen viser at domstolene, dersom forbeholdet er klart og spesifikt, strekker seg langt i å godta at forbeholdet gjøres gjeldende lang tid etter det ble avgitt. Det kan imidlertid argumenteres for at terskelen for å godta forbeholdet skal være noe høyere i entreprise saker enn på andre rettsområder. Slik jeg ser det kan et slikt standpunkt begrunnes i hensynene bak

⁹⁵ Marthinussen (2010) s. 543

⁹⁶ Se Hagstrøm (2003) s. 686 for tilsvarende synspunkt i tilknytning til restitusjonskrav.

⁹⁷ Marthinussen (2010) s. 543

⁹⁸ Rt.1997 s. 1210

sluttoppgjørsinstituttet. Reglene er utformet for å sikre en endelig avslutning av kontrakten, og et forbehold som gis virkning i lang tid etter at det ble avgitt vil kunne undergrave sluttoppgjørets funksjon. På den andre siden kan det innvendes at ved et forbehold har den ene parten fått et varsel om at sluttoppgjøret ikke er å anse som endelig, og at senere endringer kan bli aktuelle.

Andre momenter som kan spille inn i vurderingen vil være lengden på partenes kontrakt, om forbeholdet er klart og spesifikt, og bakgrunnen for at entreprenøren har ventet så lenge med å innsende sine korrigeringer. Etter min mening vil fristen være kortere i de tilfeller der den manglende innsendelsen skyldes sommel fra entreprenøren, enn der hvor entreprenøren hadde en berettiget grunn til å avvende innsendelsen.

5.4 Forholdet til bestemmelsen i NS 8405 pkt. 33.1 femte ledd

Et spørsmål som dukker opp i denne forbindelse er om byggherren selv kan fremtvinge entreprenøren til å foreta den endring han har tatt forbehold om, ved å påberope seg regelen i standardens pkt. 33.1 femte ledd, som lyder;

”Dersom entreprenøren ikke overholder fristen for innsendelse av sluttoppstilling og slutfaktura, kan byggherren skriftlig fastsette en endelig frist for oversendelse. Denne fristen skal ikke være kortere enn 14 dager. Etter utløpet av fristen taper entreprenøren alle krav i forbindelse med kontrakten som ikke allerede er betalt eller nevnt i foregående ledds annet punktum.”

Det kan tenkes at byggherren i de tilfeller entreprenøren ikke gjør sitt forbehold gjeldende, ønsker å få en endelig avslutning av kontrakten ved å påberope seg regelen i pkt. 33.1 femte ledd.

Dersom reglen er anvendelig ville den være et effektivt verktøy for å få gjennomført et endelig sluttoppgjør. Problemstillingen er ikke berørt i teorien. På den ene siden er bestemmelsen i utgangspunktet ikke ment å regulere de situasjoner der entreprenøren venter med å gjøre sitt forbehold gjeldende. Man utvider således regelens virkeområde i forhold til det som opprinnelig var tenkt. På den annen side er det få betenkeligheter ved å gi bestemmelsen et slikt utvidet virkeområde når det kommer til forbehold. Konsekvensen for entreprenøren vil her være at han får et varsel om at han må foreta seg noe for at hans krav ikke skal bli prekludert. Dette, i

motsetning til i de tilfeller hvor han forholder seg passiv og kravet blir prekludert som følge av alminnelige passivitetsregler. Entreprenøren får således en oppfordring til å gjøre forbeholdet gjeldende.

En slik utvidelse av bestemmelsens virkeområde kan i tillegg begrunnes i hensynene bak sluttoppgjørsinstituttet. Den vil sikre en effektiv avslutning av kontraktsarbeidene og samtidig bidra til å skape en klar og enkel regel i forhold til spørsmålet om når entreprenøren må gjøre sitt forbehold gjeldende. Etter min mening bør således regelen gis et slikt utvidet virkeområde etter dagens standard. Om en slik anvendelse av regelen vil stå seg i praksis er høyst uklar, men den har gode grunner for seg. For fremtidige standarder, ville en tilsvarende regel skape klarhet i et vanskelig spørsmål.

5.5 Forholdet mellom buofl. § 48 og NS 8405 pkt. 33.1 femte ledd

Som jeg tidligere har vært inne på vil et sluttoppgjør med forbehold i forbrukerentrepriser ikke regnes som et sluttoppgjør, men som en foreløpig oversikt over entreprenørens krav.

I slike tilfeller kan det gå lang tid før partene får avsluttet betalingen for arbeidene, dersom entreprenøren ikke sender inn det endelige sluttoppgjøret med sine korrigeringer.

Et spørsmålet som dukker opp i denne sammenheng er om man kan gi regelen i NS 8405 pkt. 33.1.femte ledd en tilsvarende virkning for forbrukerentreprisene?

Bustadoppføringslova inneholder ikke en tilsvarende bestemmelse som NS 8405 pkt. 33.1 femte ledd, men reelle hensyn tilsier at en slik anvendelse av regelen skal tillates i de tilfeller entreprenøren ikke sender inn sin endelig sluttoppstilling (uten forbehold). Det vil gi forbrukeren adgang til å varsle entreprenøren om at han vil legge det foreløpige sluttoppgjøret til grunn for sin betaling, dersom han ikke hører fra entreprenøren innen en rimelig frist som forbrukeren setter.

Svarer ikke entreprenøren på dette varslet, vil forbrukeren kunne betale sluttoppgjøret med endelig virkning. Slik jeg ser det vil en slik anvendelse av reglen føre til en harmonisering av

reglene i bustadoppføringslova og NS 8405. Det vil være fordelaktig for begge parter ved at den muliggjør en effektiv avslutning av kontrakten uten at noen av partene blir skadelidende.

6 Læren om *condictio indebiti*

I enkelte tilfeller foretar byggherren en for tidlig betaling av sluttoppgjøret. I ettertid kan det vise seg at han var uforpliktet til å betale hele eller deler av kravet fra entreprenøren. Etter min oppfatning vil spørsmålet om byggherrens adgang til å rette innsigelser mot det betalte kravet i form av et tilbakesøkningskrav være avhengig av en konkret vurdering basert på læren om *condictio indebiti*. I korte trekk kan læren beskrives som en adgangen for tilbakesøkning av krav fra betaleren, som han ikke var rettslig forpliktet til å betale.

I vurderingen er det spesielt to motstående hensyn som må vurderes. Oppgjørshensynet som vektlegger at når en betaling har funnet sted, bør den anses som endelig. Mottakeren skal kunne innrette seg etter dette og ikke måtte være forberedt på at et tilbakesøkningskrav skal føre frem. På den andre side står korreksjonshensynet som går ut på at betalingen skyldes en feil, og derfor bør korrigeres.⁹⁹ Det er i denne sammenheng verdt å peke på at det er byggherren selv som har valgt å foreta betaling før han har gjennomgått sluttoppgjøret grundig. På betalingstidspunktet hadde han ingen forventning om å få det innebetalte beløp tilbake, men var av den oppfatning at entreprenørens krav var berettiget.¹⁰⁰

I de tilfeller byggherren foretar en feilaktig eller for høy betaling av et krav, mottar entreprenøren en ubegrunnet berikelse. Om denne berikelsen skal tilbakeføres, må således vurderes ut ifra korreksjonshensynet og oppgjørshensynet. I vurderingen står reelle hensyn sentralt. Det vises i denne forbindelse til Høyesterett sin avgjørelse fra 1985, hvor retten uttaler;

⁹⁹ Hagstrøm (2003) s. 682

¹⁰⁰ Se Hagstrøm (2003) s. 683 for tilsvarende synspunkter.

*”Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”.¹⁰¹*

I det følgende vil jeg redegjøre for noen av de ulike momentene som vil ha betydning i vurderingen av om byggherrens tilbakesøkningskrav skal innvilges.

6.1.1 Bakgrunnen for feilen

Bakgrunnen for den feilaktige betalingen vil være av betydning for om tilbakebetalingskravet skal innvilges. Der kravet er betalt i henhold til et krav som er fremsatt av mottakeren, og det viser seg at det ikke var grunnlag for kravet vil dette tale i yterens favør.¹⁰² Dette momentet må imidlertid tillegges mindre vekt i entreprisekontrakter. Dette skyldes at det alltid vil være entreprenøren som fremsetter kravet om betaling i tilknytning til sluttoppgjøret. Reglene er utformet slik at entreprenøren skal ta med alle de krav han mener å ha. Gjør han ikke det blir kravene prekludert. Som et motstykke til dette skal byggherren reise innsigelser mot de krav han er uenig i. I et entrepriseforhold er det således byggherren som etter sluttoppgjørsinstituttets oppbygning er nærmest å bebreide for den feilaktige betalingen, der han ikke benytter seg av sin adgang til å reise innsigelser. Slik jeg ser det må man derfor være varsom med å tillegge momentet for stor betydning i forhold til entreprenøren.

Dette vil stille seg annerledes der entreprenøren har fremsatt krav som han med vitende og vilje vet det ikke er grunnlag for. I slike graverende tilfeller vil entreprenørens opptreden kunne stride mot avtalelovens § 33. Det vil uten videre gi et grunnlag for byggherrens tilbakebetalingskrav.¹⁰³

¹⁰¹ Rt. 1985 s. 290

¹⁰² Hagstrøm (2002) s. 683

¹⁰³ Hagstrøm (2002) s. 683

6.1.2 Partenes profesjonalitet

I entreprisekontrakter vil som regel begge partene være profesjonelle. Et eventuelt tilbakesøkningskrav vil i utgangspunktet ikke ramme så hardt som der en av partene er en forbruker. Høyesterett tillar momentet en viss vekt i sin avgjørelse fra 1995, hvor førstvoterende uttalte følgende;

*”Jeg er kommet til at også det som er utbetalt til bankene, kan kreves tilbake, ut fra reglene om *condictio indebiti*, jf Høyesteretts dom i Rt-1985-290. Ved den rimelighetsvurderingen som skal foretas etter disse reglene, viser jeg til at det ble tatt et - riktignok noe uklart - forbehold ved utbetaling, til at mottakerne - bankene - er profesjonelle aktører som ikke vil komme i vesentlige problemer ved en tilbakebetaling[...]*”¹⁰⁴

Dommen viser at partenes profesjonalitet vil ha betydning i spørsmålet om tilbakesøkningskravet skal innvilges. Partenes profesjonalitet vil derfor ha betydning for den rimelighetsvurdering som skal gjennomføres.

6.1.3 Kravets art

Kravets art er et ytterligere moment i vurdering av om tilbakesøkningskravet skal innvilges.¹⁰⁵

Innenfor entreprisetilfellene vil fordringene utelukkende knytte seg til krav fra entreprenøren i forbindelse med utførelsen av det oppdraget han har påtatt seg. Fordringens art kan derfor i seg selv tilsi at entreprenøren bør kunne stole på byggherrens betaling og innrette seg etter dette.¹⁰⁶

Jeg viser i denne forbindelse til en avgjørelse fra Høyesterett fra 1998, hvor det uttales;

”På betalingsformidlingens område er det særlige hensyn som taler for at tilbakesøkningskrav bare i begrenset utstrekning bør aksepteres. Tilliten til betalingssystemet er her av sentral

¹⁰⁴ Rt.1995 s. 164

¹⁰⁵ Hagstrøm (2003) s. 684

¹⁰⁶ Hagstrøm (2003) s. 684

betydning. Men jeg kan ikke se at det av dette hensynet kan utledes en absolutt skranke i så måte. Derimot er jeg enig med lagmannsretten når den som et moment i helhetsvurderingen, har lagt vekt på det særlige oppgjørshensyn som gjør seg gjeldende ved oppgjør via bankoverføring.”¹⁰⁷

Dommen viser at fordringens art vil ha betydning i vurderingen av om tilbakesøkningskravet skal innvilges. Kravets art må vurderes opp mot korreksjonshensynet. På visse områder vil det være mindre rom for tilbakesøkningskrav, alt ettersom hvilket betalingsområde fordringen knytter seg til. Som dommen illustrerer vil det for eksempel være mindre adgang for tilbakesøkningskrav på betalingsformidlingens område. Et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse er hvilken betydning kravets art har innenfor entrepriseretten, og om kravet i seg selv oppstiller en tilsvarende skranke for tilbakesøkningskravet som på betalingsformidlingens område.

Sluttoppgjøret i entreprisekontrakter er opprettet for å sikre en effektiv og sikker oppgjørsmåte mellom partene. De krav som blir reist knytter seg i utgangspunktet til det arbeid som er utført. Det er en presumsjon for at partene følger de spilleregler som bestemmelsene om sluttoppgjør trekker opp. I de tilfeller hvor byggherren uten å områ seg tilstrekkelig, foretar en forhastet betaling, taler sterke reelle hensyn for at oppgjørshensynet tillegges stor vekt. Det foreligger således gode grunner for at et oppgjørshensynet skal veie tungt når det kommer til fordringer som er medtatt i entreprenørens sluttoppgjør. Det må imidlertid gjøres reservasjoner for synspunktet i de tilfellene der betalingen skyldes en ren feil hos byggherren.

Der byggherrens betaling har medført at det samme kravet blir betalt to ganger, taler sterke reelle hensyn for at tilbakesøkningskravet innvilges.¹⁰⁸ Jeg viser i denne forbindelse til Høyesteretts avgjørelse fra 2001, hvor retten uttaler;

*”Eit neste moment er at det ikkje i det heile låg føre betalingsplikt for burettslaget. Også i ein slik situasjon må korreksjonsomsynet ha stor vekt.”*¹⁰⁹

¹⁰⁷ Rt. 1998 s.989

¹⁰⁸ Hagstrøm (2003) s. 685

¹⁰⁹ Rt.2001 s.1580, se også Hagstrøm (2003) s. 685 for tilsvarende synspunkt.

Dommen viser at i de tilfeller kravet allerede er innfridd vil korreksjonshensynet måtte tillegges betydelig vekt. Byggherren har i disse tilfellene ingen betalingsplikt. Kravet er allerede innfridd. En nektelse av korrigerende i disse tilfellene vil virke svært urimelige og tilbakebetalingskravet bør derfor innvilges.

6.1.4 Tidsmomentet

Hvor lang tid som går fra betalingen skjer, til byggherren reiser sitt tilbakebetalingskrav vil være av stor betydning.¹¹⁰ Desto kortere tid det går fra byggherren foretar sin betaling til innsigelsen blir reist, jo mindre betenkeligheter er det ved å tillate et eventuelt tilbakesøkningskrav.

Momentet vil i første rekke få betydning i de tilfeller der partene har avtalt en lengre innsigelsesfrist enn det som følger av standardens regler, ettersom det i disse tilfellene kan gå lang tid fra byggherren foretar betaling til han reiser sin innsigelse.

6.1.5 Oppsummering

I vurderingen av om byggherren skal ha sin innsigelsesrett i behold i form av et tilbakesøkningskravet etter reglene om *condictio indebiti*. Vil oppgjørshensynet og korreksjonshensynet måtte veies mot hverandre. Det resultat som ut fra de konkrete forhold fremstår som mest rimelig, vil være naturlig å legge til grunn. Momentene ovenfor er ikke ment som noen uttømmende liste, men er forhold som er tillagt vekt i rettspraksis. Slik jeg ser det vil et sentralt moment i denne vurderingen være hva som er bakgrunnen for byggherrens for tidlige innbetaling. Dette må imidlertid ses i sammenheng med sluttoppgjørsinstituttet som trekker opp strenge og klare regler for hvordan sluttoppgjøret skal gjennomføres. Den part som med viten og vilje ikke følger disse, kan beroende på de konkrete omstendigheter, ha en lang vei å gå.

¹¹⁰ Hagstrøm (2002) s. 685

7 Unntak fra preklusjonsregelen i sluttoppgjøret som følge av konkludent adferd eller avtl. § 36

7.1 Hovedregel

Hovedregelen og det klare utgangspunkt er at det inntreffer preklusjon der partene unnlater å fremme sine krav, innenfor de frister som sluttoppgjørbestemmelsen trekker opp.¹¹¹ I det følgende vil jeg imidlertid peke på forhold som kan føre til at sluttoppgjørbestemmelsen i NS 8405, allikevel ikke kan gis virkning etter sin ordlyd. Den av partene som påberoper seg at preklusjonsregelen i sluttoppgjørbestemmelsen ikke skal komme til anvendelse, må ha bevisbyrden for dette.

7.2 Avkall på retten til å påberope seg preklusjon

Innledningsvis er det verdt å nevne at partene kan avstå fra å påberope seg sine egne rettighetsposisjoner. Se i denne sammenheng NS 8405 pkt. 8, hvor det slås fast at dersom en part ønsker å gjøre gjeldene at den andre har varslet for sent må han påberope seg dette. Byggherren kan således unnlate å påberope seg preklusjonsvirkningen for de krav entreprenøren måtte ha uteglemt fra sluttoppgjøret, og således tillate at entreprenøren fremmer sitt krav. Det kan være ulike årsaker til at partene ikke ønsker å påberope sine egne rettigheter etter kontrakten. Det kan tenkes tilfeller der en av partene mener at kravet er berettiget og bør fremmes til tross for at fristen er utløpt. Rettslig sett kan denne retten forankres i prinsippet om at partene selv disponerer over sine egne interesser.¹¹²

7.3 Konkludent adferd

Om sluttoppgjørets preklusive virkninger er absolutte, må avgjøres ut fra hva som er avtalt mellom partene. I utgangspunktet skulle dette tilsi at dersom partene har lagt NS 8405 til grunn for sitt avtaleforhold vil preklusjonsreglene være absolutte. Innenfor kontraktsretten er det

¹¹¹ NS 8405 pkt. 33.1 fjerde ledd

¹¹² Barbo (1997) s. 229

imidlertid akseptert at også partenes handlemåte kan være avtalestiftende gjennom konkludent adferd, på samme måte som en uttrykkelig avtale.¹¹³ I tilknytning til dette kan det derfor oppstå spørsmål om den opprinnelige avtalen mellom partene endres, ved at partene ikke har overholdt de regler som den opprinnelige avtalen trakk opp. Innenfor entrepriseretten har dette gjort seg gjeldende der partene gjennomgående ikke har overholdt de varslingsregler og frister som standarden trekker opp. Som en konsekvens av dette, har en av partene påberopt seg at avtalen er endret gjennom konkludent adferd. Domstolene har i enkelte tilfeller, slått fast at partenes adferd kan føre til at standardens preklusjonsregler må tilsidesettes. Jeg viser i denne forbindelse til Borgarting Lagmannsrett avgjørelse fra 2001:

*”Under enhver omstendighet har partene innrettet seg slik at de saksbehandlingsprosedyrer som følger av NS 3430 i mange tilfeller ikke har vært fulgt. Det må antas at begge parter ved sin konkludente adferd har vært innforstått med og også sett seg tjent med det. Når det var situasjonen, kan ikke den ene parten i avtaleforholdet senere påberope strenge fristregler som kan føre til rettighetstap uten at det på forhånd er gitt skriftlig varsel som det.”*¹¹⁴

Dommen illustrerer at for de tilfellene hvor partene har innrettet seg på en slik måte at de ikke har overholdt de regler og frister som standarden legger opp til, kan det bli aktuelt med en tilsidesettelse av standardens regler. Det finnes en rekke underrettsdommer i tråd med den ovennevnte avgjørelsen.¹¹⁵ Felles for dommene er at de er konkret begrunnet. Det kan derfor være vanskelig å si noe generelt om hvor grensen går for når avtalen skal anes endret gjennom partenes adferd. Tilfellene må derfor vurderes konkret fra sak til sak.

¹¹³ Hagstrøm (2003) s. 84

¹¹⁴ LB-2001-3116

¹¹⁵ Se f.eks. RG-1996-1529 (Frostating), LB-2008-33181. LE-2008-48886.

I utgangspunktet vil behovet for klare kontraktsadministrative rutiner være stort innenfor de profesjonelle entreprisekontrakter. Dette taler for at man bør være tilbakeholden med å la partenes adferd endre kontraktens opprinnelige bestemmelser.¹¹⁶ I litteraturen er det tatt til ordet for at det å sette standardens regler til side, vil føre til en uthuling av regelverket.¹¹⁷ Og man bør derfor være varsom med å tilsidesette standardens regler som følge av partenes konkludente adferd.

Utgangspunktet må således være at terskelen ligger relativt høyt for når avtalen kan anses fraveket og endret som følge av partenes konkludente adferd. Det sentrale vurderingstemaet blir derfor hva som skal til, for å anse avtalen fraveket gjennom konkludent adferd. I det følgende vil jeg redegjøre for de ulike momentene som vil kunne ha betydning ved vurderingen av om preklusjonsreglene skal tilsidesettes, som følge av partenes konkludente adferd.

7.3.1 Antall fravikelser fra standardens regler

Et sentralt moment i vurderingen er partenes opptreden i forhold til de regler som standarden trekker opp. Der partene konsekvent har unnlatt å følge standardens varslingsregler, skal det mindre til for å anse deres opptreden som en fravikelse av standardens regler, og dermed som en tilsidesettelse av preklusjonsreglene. Der partene for eksempel har utført en rekke endringer i forhold til det opprinnelige avtalte, uten å forholde seg til standardens varslingsystem i tilknytning til endringene, vil dette være en indikasjon på at varslings- og preklusjonsreglene etter sluttoppgjørbestemmelsen heller ikke er ment å skulle følges. Mer tilfeldige avvik fra reglene må derimot vurderes strengere. Det kan godt tenkes at partene i tilknytning til enkelte forhold ikke har forholdt seg til standardens varslingsregler uten at det av den grunn innebærer at preklusjonsreglene skal anses som fraveket. Det må dreie seg om en adferd som gir partene en rimelig grunn til å anse preklusjonsreglene som fraveket.

¹¹⁶ Barbo (1997) s. 234

¹¹⁷ NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 264, se også Barbo (1997) s. 235

7.3.1.1 Partenes profesjonalitet

Partenes profesjonalitet vil være et moment i vurderingen av om standardens regler er tilsidesatt. NS 8405 er tiltenkt å regulere avtaleforhold mellom profesjonelle parter hvor prosjektets omfang tilsier et behov for strenge formalistiske regler og frister med preklusive virkninger.¹¹⁸ Der hvor kontrakten inngås mellom profesjonelle parter på begge sider, er det grunnlag for å anta at partene er kjent med standardens regler, og de konsekvensene som er tilknyttet oversittelser av standardens varslingsfrister. I disse tilfellene vil det være mindre rom for å anse avtalen fraveket gjennom konkludent adferd.¹¹⁹ I denne forbindelse viser jeg til Lagmannsrettens avgjørelse fra 2008.¹²⁰ Et av spørsmålene retten måtte ta stilling til var om den opprinnelige avtalen var endret, som følge av et referat fra et møte mellom partene. Der en fastpris for arbeidene etter byggherrens oppfatning ble avtalt. Lagmannsretten påpeker innledningsvis at avtalen ble inngått mellom to likeverdige og profesjonelle parter. Deretter behandles spørsmålet om partenes adferd har endret den opprinnelige avtale, retten uttaler;

”Lagmannsretten finner det påfallende at Olsen ikke tok i bruk referatet på tidligere tidspunkt da han i tidsrommet 30.april – 31. Juli 2006 attesterte timer og mottok fakturaer for langt over det beløp han senere hevdet var avtalt som maksimalpris. Uansett er det lagmannsrettens oppfatning at referatet ikke endrer kontraktsforholdet mellom partene, men snarere gir uttrykk for Olsens sterke ønske om å få materiell levert gratis, til tross for at han var fullstendig klar over det betalingsansvar som fulgte av avtalen 4.juni 2004.”

Etter min oppfatning illustrerer dommen at partenes handlemåte må ses i sammenheng og vurderes opp mot deres profesjonalitet. Det er dermed ikke sagt at avtaler mellom utpregede profesjonelle parter ikke kan anses endret gjennom konkludent adferd.¹²¹ Det er imidlertid rimelig å anta at det skal mer til i slike tilfeller.

¹¹⁸ Jfr. NS 8505 pkt. 1 annet ledd.

¹¹⁹ Barbo (1997) s. 234

¹²⁰ LA-2008-31977

¹²¹ Se i denne forbindelse voldgiftsdommen inntatt i Petrus 1997 s.101.

Undertiden vil NS 8405 også legges til grunn for avtaleforholdet mellom parter som er mindre profesjonelle for så vidt angår kontraktsadministrasjon. Det kan være tale om der entreprenøren er mindre erfaren eller der hvor det er tale om såkalte engangsutbyggere. I disse tilfellene vil partene ikke i tilstrekkelig grad kjenne reglene. Disse vil ofte kunne anse reglene som for formalistiske. I slike situasjoner vil partene i realiteten ha valgt feil standard for sin avtale, og ville vært bedre tjent med å legge en annen standard til grunn for sin avtale.¹²² I slike mindre entrepriser vil behovet for en like streng kontraktsadministrasjon som NS 8405 legger til grunn, være mindre presserende.

Som følge av dette har det i teorien vært fremholdt at det i slike tilfeller skal mindre til for at standardens regler skal anses fraveket ved konkludent adferd.¹²³ Slik jeg ser det må begrunnelsen for et slikt standpunkt ligge i rimelighetsbetraktninger. Der partene har avtalt en avtale som i utgangspunktet er lite egnet for å regulere forholdet mellom partene, synes det rimelig at terskelen for å anse det opprinnelige avtalte som fraveket gjennom konkludent adferd som noe lavere. På den andre side har partene lagt NS 8405 til grunn for sin avtale, og terskelen for fravikelse vil nok ikke senkes vesentlig som følge av partenes mer eller mindre profesjonalitet hva angår kontraktsadministrasjon. Det vil imidlertid være et moment som kan ha en viss betydning i den konkrete vurdering.

7.3.1.2 Tidligere praksis mellom partene

Det er et alminnelig avtalerettslig prinsipp at en avtale skal anses som selvstendig og vurderes for seg. Men i forhold til spørsmålet om partenes opptreden kan endre det opprinnelige avtalte, kan det være av betydning å se hen til tidligere praksis mellom partene. Der partene tidligere har samarbeidet om ulike prosjekter, og det der har utviklet seg en uformell tone mellom partene i tilknytning til påberopelse av preklusjonsbestemmelsene, vil dette kunne ha betydning for også de senere kontrakter mellom partene. Et illustrerende eksempel finner vi i lagmannsrettens avgjørelse fra 2008, hvor retten uttaler;

¹²² NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.

¹²³ Barbo (1997) s. 234

*”Ut fra bevisførselen finner lagmannsretten imidlertid at ingen av partene har følt seg bundet av de formelle bestemmelsene i standarden, for eksempel når det gjelder bestillinger eller tillegg. Dette antas å ha sammenheng med det gode samarbeidet og tillitsforholdet mellom partene. På denne bakgrunn kan lagmannsretten heller ikke anvende NS 3430 strengt etter ordlyden. Retten legger til grunn at begge parter har vært innforstått med den uformelle samarbeidsformen, og at de har akseptert den gjennom konkludent atferd.”*¹²⁴

Dommen viser at partenes tidligere kontraktspraksis i tilknytning til etterlevelsen av preklusjonsbestemmelsene også kan ha betydning for senere kontrakter mellom partene. Avtalen må som utgangspunkt vurderes isolert. Rimelighetshensyn kan i visse konkrete tilfeller begrunne at man tar hensyn til partenes tidligere praksis, ettersom den kan gi partene større grunn til å regne med at den tidligere praksis om fravikelse av reglene også her vil gjøre seg gjeldende. Slik jeg ser det, vil det i disse tilfellene være grunnlag for å legge terskelen for fravikelse av de preklusive fristene noe lavere enn ellers.

7.3.1.3 Formål- og hensynsbetraktninger

I vurderingen av om preklusjonsreglene skal fravikes som følge av partenes konkludente adferd, vil det være naturlig å se hen til hvilke formål de preklusive fristene er ment å verne. I de tilfellene partene praktiserer en avvikende metode for å varsle sine krav enn det standarden legger opp til, og denne metoden ivaretar formålet og hensynene bak standarden på en tilfredsstillende måte, vil det slik jeg ser det være færre betenkeligheter ved å tillate en fravikelse fra standardens preklusive regelverk. Dette må også ses i sammenheng med i hvilke tilfeller partene har handlet på en annen måte enn det standarden legger opp til.

Dersom partene konsekvent har valgt en annen løsning for varsling av sine krav eller lagt til grunn en annen metode for avslutningen av kontraktsarbeidet, og denne handlemåten ivaretar hensynene bak sluttoppgjørets regler på en tilfredsstillende, kan dette tale for at sluttoppgjørets preklusive regler tilsidesettes.

¹²⁴ LE-2008-48886

I lagmannsrettens avgjørelse fra 1996, tok retten stilling til et tilfelle som i denne sammenheng kan være illustrerende.¹²⁵ Dommen gjaldt en entreprise etter NS 3430 der partene ikke hadde fulgt varslingsreglene for tilleggsarbeider, men notert ned tilleggsarbeidene på byggmøter. Retten kom til at partene;

”ikke hadde funnet det påkrevet eller mulig i alle situasjoner å følge den fremgangsmåte som er angitt i NS 3430[...]. Partene synes ved sin konkludente adferd selv å ha hatt en felles forståelse av at det ikke lot seg gjøre i alle forhold å følge de prosedyrer som standarden forutsetter”.

Retten slo så fast at det i dette tilfelle måtte ses bort fra standardens varslings- og preklusjonsfrister. Dommen illustreres at der partene legger opp til en annen varslingsløsning enn det standarden legger opp til og partene har en felles forståelse for dette, vil det kunne føre til at standardens varslingsregler og preklusive frister tilsidesettes.

7.4 Avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 åpner for en tilsidesettelse av avtaler der *”det vil virke urimelig”* å gjøre avtalen gjeldene etter sin ordlyd, jfr. avtl. § 36 først ledd, som lyder;

”En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende.”

Det kan dermed tenkes situasjoner der sluttoppgjørets preklusjonsregler kan bli tilsidesatt som følge av avtaleloven § 36.¹²⁶ Bestemmelsen er en generalklausul som åpner for sensur av avtaler som det vil virke urimelig å gjøre gjeldende etter sitt opprinnelige innhold.¹²⁷ Avtaleloven § 36

¹²⁵ LE-1996-267

¹²⁶ Barbo (1997) s. 241

¹²⁷ Hagstrøm (2003) s. 275

legger således opp til en konkret rimelighetsvurderingen av partenes avtale, hvor det er det samlede resultat av kontrakten som skal vurderes.¹²⁸

Bestemmelsen er en skjønnsregel som legger opp til en bred vurdering av partenes avtale. På denne bakgrunn er det ikke mulig å gi noen uttømmende liste over hvilke momenter som kan spille inn i vurderingen, eller si noe fast om innholdet i bestemmelsen.¹²⁹ Utgangspunktet vil imidlertid være at terskelen for fravikelse vil ligge høyt i entrepriseforhold. Dette må ses i sammenheng med partenes profesjonalitet og at standarden i seg selv gir uttrykk for rimelige og balanserte regler.

I det følgende vil jeg først si noe om forholdet mellom avtl. §§ 33 og 36 da begge bestemmelsen åpner for en tilsidesettelse av avtaler som det vil være urimelig å gjøre gjeldende. Jeg vil så gå over til å redegjøre for noen av de momentene som kan ha betydning i vurderingen av om preklusjonsregelen skal tilsidesettes etter § 36.

7.4.1 Forholdet til avtl. § 33

Avtaleloven § 33 rammer avtaler som det vil være urimelig å gjøre gjeldende som følge av at det vil stride i mot redelighet eller god tro å gjøre rett gjeldende etter avtalen. Bestemmelsen lyder som følger;

”Selv om en viljeserklæring ellers maate ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheder, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet og god tro, om han gjorde erklæringen gjældende”

Avtaleloven § 33 knytter seg således til omstendigheter ved inngåelsen av avtalen, de såkalte tilblivelsesmangler. En avtale som strider mot § 33 vil falle bort i sin helhet, mens avtl. 36 åpner

¹²⁸ Hagstrøm (2003) s. 279

¹²⁹ Hagstrøm (2003) s. 279

for en delvis tilsidesettelse av de punkter i avtalen det vil være urimelig å gjøre gjeldende.¹³⁰ Bestemmelsene er således av en viss likhet. Vurderingstemaet etter de to bestemmelsene er imidlertid ulike. Det sentrale vurderingstemaet etter § 33 er om det ved inngåelsen av avtalen forelå omstendigheter som vil gjøre det urimelig å gjøre avtalen gjeldene, mens vurderingen etter § 36 i tillegg knytter seg til forhold som har inntrådt senere som kan medføre at avtalen er urimelig.¹³¹

Vurderingen etter § 36 er således videre enn vurderingen etter § 33. En konsekvens av dette er at en ugyldighet som følge av en overtredelse av avtl. § 33 like gjerne kan falle inn under § 36. Avtaleloven § 36 sluker således på mange måter § 33. Til tross for dette er § 33 fortsatt aktuell da den inneholder et mer håndfast vurderingstema enn § 36.¹³² Det er derfor grunn til å anta at domstolene lettere vil anvende § 33 for å fastslå ugyldighet, dersom forholdet rammes av denne bestemmelsen.¹³³ I tilknytning til en tilsidesettelse av preklusjonsvirkningene av sluttoppgjøret vil nok avtl. § 33 få en begrenset betydning som følge av bestemmelsens virkeområde. Men for de tilfeller avtalen lider av tilblivelsesmangler vil vurderingen av ugyldighet som følge av § 33 være mer nærliggende enn etter § 36.

7.4.2 Skille mellom generell tilsidesettelse og individuell tilsidesettelse

En tilsidesettelse av preklusjonsregelen etter § 36 kan tenkes i to former. Den ene er en generell tilsidesettelse av preklusjonsregelen, slik at regelen overhodet ikke kan gjøres gjeldende i kontraktsforholdet. Eller en individuell tilsidesettelse av regelen som innebærer at preklusjonsregelen kun blir tilsidesatt i tilknytning til et enkelt eller flere krav. I det følgende er det den individuelle tilsidesettelse av preklusjonsregelen i sluttoppgjøret som står i sentralt.

¹³⁰ Woxholth (2006) s. 317

¹³¹ Woxholth (2006) s. 317

¹³² Woxholth (2006) s. 318

¹³³ Woxholth (2006) s. 318

7.4.3 Momenter i vurderingen etter avtaleloven § 36

7.4.3.1 Partenes profesjonalitet

Et sentralt moment i vurderingen etter § 36 er partenes profesjonalitet. Partenes stilling i forhold til hverandre skal tillegges betydning i vurderingen.¹³⁴ Der kontrakten er inngått mellom en forbruker og næringsdrivende vil momentet ha stor betydning. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn med hvor stor plass dette momentet har innenfor de profesjonelle entrepriser der NS 8405 er lagt til grunn for kontrakten. Utgangspunktet må være at der det dreier seg om avtaler mellom to profesjonelle parter vil terskelen for fravikelse ligge høyt. Det må således foreligge tungveiende grunner for at det skal kunne kreves lempning etter § 36.¹³⁵ Jeg viser i den anledning til en voldgifts dom fra 2005, hvor det uttales;

*” Voldgiftsretten [...] er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rokke ved kontraktsbundne posisjoner på dette område, det være seg på tolkningsgrunnlag eller gjennom avtalerevisjon. ”*¹³⁶

Avgjørelsen knytter seg riktignok ikke til sluttoppgjøret i entrepriser, men gjelder en revidering av en avtale mellom to profesjonelle parter. Slik jeg ser det illustrerer avgjørelsen at terskelen for lempning av avtalevilkårene mellom profesjonelle parter ligger høyt.

Momentet vil således få begrenset betydning i de profesjonelle entrepriser. Det kan imidlertid tenkes at terskelen for fravikelse senkes noe i de tilfeller der partene ikke er jevnbyrdige eller mindre profesjonelle når det kommer til kontraktsadministrasjon.¹³⁷ I disse tilfellene kan partene være mindre kjent med det formelle regime som NS 8405 legger opp til, og det kan derfor i konkrete tilfeller virke urimelig hardt å la preklusjonsbestemmelsen få virkning etter sitt innhold.

¹³⁴ Hagstrøm (2003) s. 388

¹³⁵ Hagstrøm (2003) s. 288

¹³⁶ ND 2001 s.109 (Troll-saken)

¹³⁷ Barbo (1997) s. 247

7.4.3.2 Partene har avtalt avvikende løsninger fra standardkontrakten

NS 8405 gir uttrykk for balanserte og rimelige regler, dette er noe av bakgrunnen for at terskelen for fravikelse etter § 36 vil ligge høyt. En kan imidlertid spørre seg som om en revisjon etter § 36 blir noe lempeligere der hvor partene har avtalt avvikende løsninger enn det som følger av standarden.

Dette må i så fall begrunnes i at i disse tilfellene vil balansen i avtaleforholdet være forrykket som følge av partenes endringer. Dette kan for eksempel være tilfelle der partene har avtalt avvikende tidsfrister for å sende inn og rette innsigelser mot sluttoppgjøret. Fristen kan i disse tilfellene være så kort at en av partene får en urimelig fordel av preklusjonsregelen. Dette må imidlertid veies opp mot eventuelle andre fordeler partene har fått som følge av partenes endringer. Det er kontrakten som en helhet som skal vurderes, og om resultatet sett under ett er urimelig. Men i de tilfeller partenes endringer kun knytter seg til spesifikke bestemmelser som setter den andre part i en gunstigere posisjon enn den andre, kan det slik jeg ser det være grunnlag for at terskelen for revisjon blir noe lavere.

7.4.3.3 Økonomiske hensyn

Jeg har tidligere vært inne på at konsekvens av en eventuell preklusjonen må vurderes i forhold til kontrakten som en helhet. Et sentralt moment i denne vurderingen er om preklusjonen totalt sett fører til et urimelig resultat. Et sentralt punkt i enhver kontrakt er det økonomiske aspektet. Byggherren vil ikke betale mer en nødvendig, og entreprenøren vil ha betalt for de arbeider han faktisk har utført. Man kan på mange måter si at det skal være en balanse mellom de arbeidene som er utført og den betaling som entreprenøren skal motta. Sluttoppgjøret tar sikte på å sørge for at det økonomiske oppgjøret skal bli så ryddig som mulig. Det kan i den forbindelse spørres om en preklusjon av partenes krav kan forrykke den økonomiske balansen i kontrakten slik at den anses som urimelig.

Slik jeg ser det vil dette være avhengig av blant annet kravets størrelse. At kontrakten blir tapsbringende for entreprenøren vil i seg selv ikke være tilstrekkelig.¹³⁸ Det må således dreie seg om vesentlige krav. Dette kan være tilfelle der det har skjedd store endringsarbeider og entreprenørens krav på tilleggsvederlag er stort. Terskelen vil imidlertid også her ligge høyt. Hva som skal til er det vanskelige å si noe generelt om, da dette må vurderes fra tilfelle til tilfelle. Det finnes imidlertid noe rettspraksis som kan veiledning i spørsmålet om preklusjonsregelen kan tilsidesettes som følge av en slik økonomisk urimelighet. Interessant i denne sammenheng er en Høyesteretts avgjørelse fra 1999.¹³⁹ Avgjørelsen dreier seg om entreprenørens krav på tilleggsvederlag i forbindelse med merkostnader ved oppføringen av en bro. Retten avslo enstemmig entreprenørens krav, men delte seg i to fraksjoner når det kom til begrunnelsen. Flertallet på tre dommere vurderte kravet i forbindelse med forutsetningslæren, mens mindretallet på to dommer vurderte kravet i forhold til avtaleloven § 36. I sitt votum tok mindretallet stilling til om de økte kostnadene i seg selv kunne utgjøre en urimelighet som tilsa at avtalen skulle revideres. Det uttales følgende;

”Spørsmålet er så om meromkostningene ved den produksjonsmåten som måtte benyttes, i seg selv representerer et så høyt beløp at grensen for urimelighet passeres av den grunn. De meromkostninger entreprenøren måtte pådra seg i forbindelse med sveisearbeidet, utgjør et betydelig beløp. Men vederlaget for sveisearbeidet er en del av et samlet kontraktsvederlag på over 450 mill. kroner. Vederlaget for sveisearbeidet kan ikke sees isolert, og noen nærmere analyse av det samlede kontraktsvederlaget foreligger ikke. De spesifikasjoner som fremgår av anbudet, er ikke uten videre avgjørende for så vidt. Størrelsen av beløpene for de enkelte poster i et anbud kan være taktisk betinget. Dette forhold og den usikre størrelsen av omkostningsbeløpet vedrørende sveisearbeidet gir etter min mening ikke tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger en slik rent økonomisk begrunnet urimelighet som kan gi grunnlag for et krav om tilleggsvederlag.”

¹³⁸ Barbo (1997) s. 244

¹³⁹ Rt. 1999 s. 992

Avgjørelsen knytter seg ikke spesifikt til krav som er prekludert etter sluttoppgjørbestemmelsen i NS 8405. Slik jeg ser det illustrer allikevel mindretallets votum hva som skal til for å konstatere urimelighet begrunnet i økonomiske forhold.

På bakgrunn av dette er det naturlig å legge til grunn at det skal svært mye til før det kan konstateres urimelighet på bakgrunn av slike forhold. Slike jeg ser det vil det imidlertid være et visst rom for momentet der partenes tap vil være betydelige og kunne få alvorlige konsekvenser for den videre driften.

7.4.3.4 Partenes Adferd

Avtaleloven § 36 åpner for at det i urimelighetsvurderingen også skal legges vekt på *”senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”*. Partenes adferd under kontraktsavviklingen vil således ha betydning i urimelighetsvurderingen.¹⁴⁰ I tilknytning til en eventuell tilsidesettelse av preklusjonsreglen i sluttoppgjøret etter § 36, vil det i denne sammenheng være naturlig å se hen til hvordan partene har forholdt seg til kontraktens øvrige varslings- og preklusjonsbestemmelser. Der partene har forholdt seg passivt til kontraktens formelle system, kan det virke urimelig dersom den ene parten nå skal kunne påberope seg preklusjonsbestemmelsen i sluttoppgjøret. Et spørsmålet som oppstår i denne forbindelse er om partenes opptreden har endret avtalen gjennom konkludent adferd, se nærmere om dette i oppgavens punkt 7.3. Dersom dette er tilfelle vil ikke spørsmålet komme på spissen.

Momentet vil imidlertid ha betydning der partene har vært noe tilfeldig i sin overholdelse av kontraktens bestemmelser, uten at det kan fastslås at det er utvist noe konkludent adferd som tilsier at avtalen er endret. I disse tilfellene vil momentet ha en viss vekt i forhold til den helhetsvurdering som må foretas etter § 36. Det vil således være en flytende overgang mellom avtaletolkning og § 36-vurderinger.

¹⁴⁰ Barbo (1997) s. 244

7.4.3.5 Illojalitet

Et spørsmålet som oppstår i tilknytning til preklusjonsregelen er om man lettere kan gripe til § 36 i de tilfeller der byggherren er klar over at entreprenøren har uteglemt et krav fra sluttoppgjøret som han vet entreprenøren ønsker å opprettholde. I disse tilfellene vil man kunne hevde at byggherren har opptrådt illojalt ovenfor entreprenøren og at § 36 lettere skal kunne komme til anvendelse på bakgrunn av dette.

Slik jeg ser det vil imidlertid utgangspunktet være at man også i disse tilfellene må være restriktiv med å benytte § 36. Det er entreprenøren selv som har unnlatt å medta kravet i sluttoppgjøret. Standarden legger opp til en klar og tydelig regel for disse tilfellene som innebærer preklusjon. En motsatt løsning vil videre kunne føre til en uthuling av standardens klare og tydelige regler. I tillegg taler retts tekniske hensyn for at man bør være restriktiv også her da bevisproblemene i praksis vil kunne bli store.¹⁴¹

7.4.3.6 Oppsummering

Etter min mening vil utgangspunktet være at det vil være få muligheter for en tilsidesettelse av preklusjonsregelen i sluttoppgjørbestemmelsen etter § 36. Dette skyldes flere forhold, hvor blant annet partenes profesjonalitet og standardens karakter av å være rimelig og balansert spiller inn. Det er vanskelig å se at noen av momentene i seg selv vil være tilstrekkelig til å fastlå urimelighet etter § 36, men bestemmelsen vil kunne bli aktuell der momentene til sammen vil gjøre totalvirkningen av en preklusjon urimelig.

¹⁴¹ Barbo (1997) s. 246

8 Avslutning

Som det fremgår av det ovenstående vil det kunne oppstå adskillige stridsspørsmål i tilknytning til sluttoppgjøret i både forbruker- og profesjonelle entrepriser. Når det kommer til de profesjonelle entrepriser har det imidlertid skjedd en utvikling av hovedentreprisestandarden som har ført til at flere tvilsspørsmål har blitt avklart. Denne utviklingen vil nok også fortsette ved fremtidige revideringer av standarden. For forbrukerentreprisenes del har imidlertid utviklingen av regelverket ikke vært like dynamisk. Bustadoppføringslovas regler bygger på den eldre entreprisestandard 3430. Loven har således ikke nyt like godt av den utviklingen som har funnet sted i regelverket siden NS 3430. Forbrukerhensyn tilsier imidlertid at løsninger som er lagt til grunn i NS 8405 også kan gjøres gjeldende innenfor forbrukerentreprisene. I denne sammenheng kan det nok spørres om ikke sluttoppgjørbestemmelsen i bustadoppføringslova er moden for revidering. Når det kommer til de profesjonelle entrepriser og NS 8405 er det imidlertid fortsatt rom for forbedringer og avklaring av de tvilsspørsmål som kan oppstå i tilknytning til sluttoppgjøret.

Det kan imidlertid spørres om sluttoppgjørreglene rent faktisk fører til en ryddig og rask avklaring av det økonomiske mellomværende mellom partene. Det har vært innvendt mot reglene at de i enkelte tilfeller har ført til flere konflikter enn avklaringer. I denne sammenheng er det nok verdt å nevne at sluttoppgjørreglene aldri har tatt sikte på å avklare uenigheter mellom partene, men å sørge for at partenes krav og eventuelle uenigheter kommer på bordet til samme tidspunkt. At enkelte opplever bestemmelsene som konfliktskapende skyldes nok først og fremst partenes egen praktisering av reglene, samt manglene kjennskap til sluttoppgjørets funksjon i entreprisekontrakten.

9 Litteraturliste

Litteratur

- Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett - Utvalgte emner*, Oslo, 1997
- Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo, 1997
- Bergsåker, Tryge, *Kjøp av ny bolig*, Oslo, 2000
- Lilleholt, Kåre, *Avtale om ny Bustad*, Bergen, 2001
- Woxholth, Geir, *Avtalerett*, Oslo, 2006
- Hørlyck, Erik, *Entreprise*, København, 2009
- Hagstrøm, Viggo og Magnus Arbrakke, *Obligasjonsrett*, Oslo, 2002
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8504 med kommentarer*, Oslo, 2010
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8406 Forenklet norsk- og anleggskontrakt med kommentarer*, Oslo, 2007
- Kolrud, Helge Jakob. ...[et.al.]. *NS 8405 Kommentarutgave*, Oslo, 2004

Lover

- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1979 Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai nr. 18
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 69
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 47
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34

Standardavtaler

NS 3401: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)

NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)

NS 8405:2008: Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)

NS 8406: Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt (2006)

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed – AB92
(Dansk standaravtale)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
(bustadoppføringslova)

NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov

Rettspraksis

Rt. 1985 s. 290

Rt. 1995 s. 1641

Rt. 1997 s.1210

Rt. 1998 s. 989

Rt. 1999 s. 992

Rt. 2001 s. 1580

Rt. 2002 s.696

Rt. 2002 s.1110

Rt. 2010 s. 961

LE-1996-267

RG-1996-1529

LB-2001-3116

RG-2002-1407

LB-2004-04986

LA-2008-31977

LE-2008-48886

LB-2009-052844

Voldgiftsdommer

PetrIus 1997 s.101

ND 2001 s.109

Avgjørelser fra boligvistnemnda

Sak_561_2010

Nettdokument

Lilleholt, Kåre, *Kommentarer til Bustadoppføringslova*, Norsk Lovkommentar, 2008 [sitert 10.oktober 2010]